PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Flávia Batista Viana

Os fundamentos da ação coletiva passiva no ordenamento jurídico brasileiro

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2009

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Flávia Batista Viana

Os fundamentos da ação coletiva passiva no ordenamento jurídico brasileiro

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito das Relações Sociais, sob a orientação da Professora Doutora Patricia Miranda Pizzol.

SÃO PAULO
2009

Banca Examinadora

_____

_____

_____

Aos meus amados pais, Everaldo e Omith, por todo o amor e apoio incondicional.

Aos meus queridos irmãos, Bruno e Everaldinho, pela alegria dos bons momentos quando estamos juntos.

Ao meu amor, Lourenço, pela felicidade de tê-lo ao meu lado sempre.

A vocês, todo o meu amor e gratidão.

Agradecimentos

Talvez esta seja uma das tarefas mais árduas, pois posso correr o risco de não mencionar alguém que foi fundamental para a conclusão deste trabalho. Mas, ainda assim, prefiro correr esse risco do que ser ingrata e não citar expressamente aqueles que foram essenciais não só para concluir esta dissertação, mas por contribuírem com a realização de um sonho. São eles:

A Deus, simplesmente por tudo.

Aos meus pais, por acreditarem sempre em mim e por me ajudarem a tornar reais todos os meus sonhos.

Aos meus irmãos, pelas boas risadas durante as férias fazendo-me esquecer um pouco das preocupações acadêmicas.

Ao meu amor, por compreender os meus momentos de ausência.

À inesquecível professora dos tempos de graduação, Eliane Moreira, por ter despertado em mim a paixão pelos direitos difusos e coletivos e por me encorajar a vir para PUC-SP fazer o mestrado.

À minha querida orientadora, mestra e amiga Patricia Miranda Pizzol, por ter me recebido tão bem quando cheguei a São Paulo, por me deixar ser sua aluna ouvinte, por não me deixar esmorecer, por suas valiosas lições sobre processo coletivo em sala de aula, por permitir que fosse sua assistente na graduação e por ser para mim um grande exemplo de profissional, mulher e mãe.

À também queridíssima professora e amiga Regina Vera Villas Boas, por todo o apoio, confiança, carinho, oportunidades e por ter tornado minha estadia na PUC-SP muito mais prazerosa, pois, além das aulas sempre muito interessantes, possui um trato todo especial para com os seus alunos, exercitando com perfeição a “pedagogia do amor”.

À professora Suzana Maria Pimenta Catta Federighi, por oportunizar discussões proveitosas sobre o direito do consumidor e pela participação na minha banca de qualificação.

Ao professor Antônio Carlos da Ponte, pelas importantíssimas lições de Teoria Geral do Direito que se materializaram neste trabalho ao ter que dissertar sobre a teoria dos princípios para validar o cabimento das ações coletivas passivas.

À professora Maria Celeste Cordeiro Leite Santos, pelos interessantes debates travados em sala de aula sobre temas como o direito à vida dos fetos anencéfalos e pela oportunidade de cursar um surpreendente crédito de direito e psicologia.

Ao professor Marcelo Abelha Rodrigues, por aceitar prontamente o convite para compor minha banca examinadora, mesmo em meio a tantas atribuições e tendo que se deslocar de Vitória para São Paulo.

A todos os colegas do Mestrado, em especial àqueles a quem posso chamar de amigos: Ana Carvalho Ferreira Bueno de Moraes, Bruna Hernandes, Clóvis de Almeida Júnior, Eduardo Oliveira Cerdeira, Georgios Alexandridis, Lívia Cipriano dal Piaz e Patrícia Marques Freitas.

À Capes, pela concessão da bolsa de estudos.

Aos funcionários da secretaria acadêmica da pós-graduação Rafael e Rui, por serem sempre tão solícitos e gentis sanando todas as minhas dúvidas.

À revisora deste trabalho, Cláudia de Carvalho Guarnieri, por todas as pertinentes observações.

E a todos aqueles amigos e familiares que não pouparam palavras incentivadoras para a realização deste trabalho.

A todos vocês, meu muito obrigada.

O silêncio do legislador, dentro da idéia de plenitude da ordem jurídica, é, por assim dizer, um silêncio cheio de vozes. Nesse silêncio, naquele ponto exato em que o legislador foi omisso, é onde se entrecruzam todas as outras normas. O trabalho consiste em fazer com que a ordem jurídica se encontre presente na operação interpretativa da qual devem ser extraídas as devidas conseqüências. O caso não previsto contém, praticamente, todas as previsões possíveis. Qual deve ser a reação do intérprete em sua tarefa em face do silêncio da lei processual? Seria de desejar que fosse possível responder essa pergunta com uma só palavra. Tal coisa, porém, é impossível. Para saber como reage o intérprete frente ao silêncio da lei, resta, como único remédio, penetrar ainda mais a fundo na análise da estrutura da lei processual.

(Couture, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 45.)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar os fundamentos que respaldam o cabimento das ações coletivas passivas no ordenamento jurídico brasileiro a despeito de qualquer alteração legislativa. Para tanto, foram elaboradas pesquisas bibliográfica e jurisprudencial, utilizando-se dos métodos indutivo, histórico e comparativo, para que, por meio da literatura especializada nacional e estrangeira, pudessem ser analisados os fundamentos mais relevantes para validar o cabimento das ações coletivas passivas. O primeiro capítulo é destinado a fazer um apanhado geral das ações coletivas desde a Idade Antiga até os dias atuais a fim de explicar por que a ação coletiva passiva não foi adequadamente desenvolvida. Também foi realizado um breve escorço histórico sobre o tema na legislação norte-americana e brasileira, e, quanto a esta, ainda foram abordadas as principais nuances que revestem o tema. No segundo capítulo foi traçado um panorama geral das ações coletivas passivas em vários ordenamentos jurídicos alienígenas para demonstrar que a relevância do tema não é exclusividade brasileira. Ainda foram trazidos à baila o conceito e algumas classificações das ações coletivas passivas, bem como foram apresentados os fundamentos de diversas ordens que sustentam a defesa das ações coletivas passivas em nosso ordenamento sem nenhuma alteração legislativa. O último capítulo centrou-se na análise de algumas questões processuais determinantes para o cabimento das ações coletivas passivas, como é o caso da representação adequada e da coisa julgada, bem como das propostas legais de regramento para as ações coletivas passivas.

Palavras-chave: fundamentos, ação coletiva passiva, ordenamento jurídico brasileiro.

ABSTRACT

This study aims to demonstrate the foundations that support the place of defendant class actions in the Brazilian legal system despite any legislative amendment. For both, were prepared and legal research literatures, using inductive methods, historical and comparative, so that, by national and foreign literature, could be considered the most important reasons to validate the place of collective actions passive. The first chapter is devoted to an overview of class actions from the Ancient Age to the present day to explain why the defendant class action was not developed. It was foreshorten a brief history on the subject in law the U.S. and Brazil, and on this, were still addressed the aspects which are the main theme. The second chapter is an overview of the mapping class actions in several orders foreign to demonstrate that the relevance of the issue is not exclusively Brazilian. Even were moot the concept and some classifications of defendant class actions, and were presented the foundations of several orders that support the defense of defendant class actions in our country without any legislative change. The last chapter focused on the analysis of some procedural issues crucial to the place of defendant class actions, such as adequacy of representation and the *res judicata*, and the proposals of legal rules for defendant class actions.

Keywords: foundations, defendant class action, Brazilian legal system.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1

CAPÍTULO 1 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS AÇÕES COLETIVAS 5

1.1 Idade Antiga 5

1.2 Idade Média 11

1.3 Idade Moderna 17

1.4 Idade Contemporânea 23

1.4.1 Século XIX 23

1.4.2 Século XX 27

1.4.2.1 Da Segunda Guerra Mundial ao movimento de acesso à justiça: razões para o não-desenvolvimento da ação coletiva passiva 30

1.4.3 Século XXI 37

1.5 Estados Unidos da América 39

1.6 Brasil 46

1.6.1 Percurso legislativo da tutela coletiva 46

1.6.2 Conceituação 55

1.6.2.1 Direitos e interesses difusos 57

1.6.2.2 Direitos e interesses coletivos stricto sensu 58

1.6.2.2 Direitos e interesses individuais homogêneos 59

1.6.3 O microssistema 64

1.6.4 Os ataques do Poder Executivo 71

CAPÍTULO 2 – CONTORNOS E FUNDAMENTOS DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA 85

2.1 Ordenamentos jurídicos alienígenas 85

a) Estados Unidos da América 86

1) Pré-requisitos – Regra 23 (a): 88

1.1) Impraticabilidade do litisconsórcio ou numerosidade (*joinder impracticability* ou *numerosity*) – Regra 23 a (1): 90

1.2) Questão comum (*commonality*) – Regra 23 a (2): 90

1.3) Tipicidade (*typicality*) – Regra 23 (a) 3: 91

1.4) Representação adequada (*adequacy of representation* ou *vigourous prosecution test*) – Regra 23 a (4): 91

2) Hipóteses de cabimento 93

2.1) Ações de classe para compatibilidade de conduta (*incompatible standards class action*) – Regra 23 b (1) (A); ações de classe prejudiciais (*prejudice class action*) – Regra 23 b (1) (B): 93

2.2) Conduta uniforme do réu – Regra 23 b (2): 94

2.3) Predominância de questões comuns (*class action for damages*) – Regra 23 (b) (3): 95

2.3.1) Predominância das questões comuns (*predominance*): 97

2.3.2) Superioridade (*superiority*) 98

b) Israel 100

c) Noruega 101

d) Canadá 102

e) Colômbia 104

f) Paraguai 105

g) Venezuela 105

h) Argentina 108

i) Portugal 110

2.2 Conceito 112

2.3 Classificação 116

2.3.1 Quanto ao número de demandantes no pólo ativo 116

2.3.2 Quanto à origem 117

2.4 Fundamentos 118

2.4.1 Realidade social 118

2.4.2 Prática judiciária 121

2.4.2.1 Dissídio coletivo 123

2.4.2.2 Ações coletivas passivas incidentes ou derivadas 126

2.4.3 O microssistema das ações coletivas 130

2.4.3.1 Artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor 134

2.4.3.2 Artigo 107 do Código de Defesa do Consumidor 136

2.4.3.3 Artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor 138

2.4.4 Princípios constitucionais 139

2.4.4.1 Noções gerais 140

2.4.4.2 A diferença entre princípios e regras 143

2.4.4.3 Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional 146

2.4.4.4 Princípio do devido processo legal 149

2.4.4.5 Ofensa direta aos princípios 152

2.4.4.6 Inafastabilidade do controle jurisdicional versus devido processo legal 153

2.4.4.7 Ponderação de princípios 155

2.4.4.8 Postulado da proporcionalidade 158

2.4.4.9 A inafastabilidade do controle jurisdicional, o devido processo legal e a ação coletiva passiva 161

CAPÍTULO 3 – ALGUMAS QUESTÕES PROCESSUAIS 164

3.1 Representação adequada 164

3.1.1 Considerações iniciais 164

3.1.2 Sistema de legitimidade ope legis e ope judicis 166

3.1.3 O controle judicial da representação adequada 167

3.1.3.1 O sistema de legitimidade adotado no Brasil 168

3.1.3.2 A atuação do Ministério Público como *custus legis* 174

3.1.3.3 O risco de arbitrariedade e/ou parcialidade judicial 175

3.1.4 O controle judicial da representação adequada negativo e positivo 178

3.1.5 O devido processo legal, a representação adequada e a ação coletiva passiva 181

3.1.6 Legitimados passivos 185

3.1.6.1 O Ministério Público como réu 187

3.1.6.2 A coletividade representada por ente não previsto no rol de legitimados do microssistema das ações coletivas 189

3.2 Coisa julgada 190

3.2.1 Considerações iniciais 190

3.2.2 Coisa julgada nas ações coletivas ativas 192

3.2.3 Coisa julgada nas ações coletivas passivas 197

3.2.3.1 Ação individual em face da coletividade 198

a) Nos direitos e interesses difusos e coletivos stricto sensu 199

b) Nos direitos e interesses individuais homogêneos 203

3.2.3.2 Ação coletiva em face da coletividade 204

3.3 A ação coletiva passiva nos anteprojetos 206

3.3.1 Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América 206

3.3.2 Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos coordenado por Ada Pellegrini Grinover 208

3.3.3 Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborado pelos programas de pós-graduação da UERJ/Unesa 210

CONCLUSÃO 213

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 226

ANEXOS

ANEXO I – ANTEPROJETO DE CÓDIGO MODELO DE PROCESSOS COLETIVOS PARA IBERO-AMÉRICA 249

ANEXO II – ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS(anteprojeto elaborado no âmbito dos programas de pós-graduação da USP coordenado por Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe) 257

ANEXO III – ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS(anteprojeto elaborado no âmbito dos programas de pós-graduação da UERJ e UNESA coordenado por Aluísio Gonçalves de Castro Mendes) 289

INTRODUÇÃO

As ações coletivas representam um tema palpitante no cenário nacional e mundial. Elas surgiram em decorrência das profundas modificações por que a sociedade passou nos últimos anos, o que se tornou mais intenso a partir do século XX com o desenvolvimento acelerado das economias e sociedades de massa.

Em decorrência desse novo paradigma, os conflitos sociais se tornaram mais freqüentes e assumiram uma nova roupagem: atingiam interesses de toda uma coletividade, e o instrumental jurídico existente à época não era capaz de solucionar essas novas situações.

Foi então que, a partir da década de 70, começou um movimento mundial de acesso à justiça na busca pela efetividade do processo, obrigando a criação de novos institutos de direito material e processual, entre os quais a ação coletiva, bem como uma nova mentalidade em que o individual deve dar espaço ao coletivo.

Com o passar do tempo, esse novel instrumento jurídico – ação coletiva – foi ganhando novos contornos, açambarcando cada vez mais a proteção de direitos metaindividuais e transformando-se numa verdadeira forma de pacificação social e acesso à justiça, visto que pode propiciar uma justiça mais célere e econômica, evitando a multiplicação de processos individuais e o risco de decisões conflitantes ou até mesmo contraditórias.

Muito embora seja possível constatar grandes avanços no que concerne à tutela desses direitos de massa – o que nos garante uma posição vanguardista

no cenário mundial –, lacunas e falhas ainda precisam ser sanadas e outras necessidades começam a emergir.

E isso porque a sociedade torna-se cada vez mais massificada e globalizada, e os conflitos não se dão apenas entre massas, mas também de massas, daí a necessidade atual de controlar a coletividade.

Portanto, mais uma vez, o instrumento processual disposto não está apto a solucionar essas controvérsias, surgindo daí a necessidade de criação de um novo aparato jurídico-processual para dirimir essa nova ordem de conflitos. Eis então a razão de discutir um novo instrumento: as ações coletivas passivas.

As ações coletivas passivas são de extrema relevância, tendo em vista serem o instrumento adequado para solucionar questões quando a coletividade ocupar o pólo passivo da demanda coletiva.

Dessa feita, o objetivo deste trabalho é demonstrar, a despeito da inexistência de qualquer disposição legal no ordenamento jurídico brasileiro versando expressamente sobre o cabimento das ações coletivas passivas, que elas são, sim, cabíveis em função de uma série de fundamentos extraídos de várias ordens, e o principal e mais robusto argumento é o fato de constituir uma expressão do direito constitucional fundamental de acesso à justiça.

Não obstante, é sempre bom lembrar que, apesar de defendermos a tese da existência da ação coletiva passiva *de lege lata* em nosso ordenamento jurídico, não desconhecemos a relevância de eventual alteração legislativa nesse sentido, o que seria muito interessante e bem recebida para que não pairem mais dúvidas

quanto ao seu cabimento, tornando, assim, seus contornos mais delimitados e seguros.

Cumpre esclarecer desde já que temos a pretensão de esgotar o assunto e também não olvidamos de que muitas outras questões processuais hão de surgir, mas optamos por realizar muito mais uma abordagem que fundamentasse a existência das ações coletivas passivas, do que a análise perfunctória das questões processuais, muito embora elas também tenham sido estudadas.

Demais disso, ainda almejamos registrar a importância do debate suscitado, demonstrando ao leitor nosso ponto de vista sobre o tema, e também convidá-lo a refletir, para que de alguma forma possamos colaborar para com o incremento do incipiente e instigante Direito Processual Coletivo.

Para tanto, esta investigação foi elaborada com base em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, utilizando-se dos métodos indutivo, histórico e comparativo, para que, por meio da literatura especializada nacional e estrangeira, pudessem ser analisados os fundamentos mais relevantes para validar, de lege lata, o cabimento das ações coletivas passivas no ordenamento jurídico brasileiro.

Para isso dividimos o trabalho em três capítulos.

O primeiro capítulo é destinado a fazer um apanhado geral das ações coletivas desde a Idade Antiga até os dias atuais a fim de explicar por que a ação coletiva passiva não foi adequadamente desenvolvida. Também faremos um breve escorço histórico sobre o tema na legislação norte-americana e brasileira, e, quanto a esta, ainda abordaremos as principais nuances que revestem o tema.

No segundo capítulo será traçado um panorama geral das ações coletivas passivas em vários ordenamentos jurídicos alienígenas para demonstrar que a relevância do tema não é exclusividade brasileira. Ainda traremos à baila o conceito e algumas classificações das ações coletivas passivas, bem como serão apresentados os fundamentos de diversas ordens que sustentam a defesa das ações coletivas passivas em nosso ordenamento sem nenhuma alteração legislativa.

O último capítulo estará centrado na análise de algumas questões processuais determinantes para o cabimento das ações coletivas passivas, como é o caso da representação adequada e da coisa julgada, bem como do estudo sobre propostas legislativas que versam sobre as ações coletivas passivas.

CAPÍTULO 1
EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS AÇÕES COLETIVAS

1.1 Idade Antiga

Esse foi o período da história também denominado Antiguidade que compreende desde a invenção da escrita (4000 a.C. a 3500 a.C.)[1] até a queda do Império Romano do Ocidente (476 d.C.), quando se inicia a Idade Média (século V).[2]

Nessa época diversos povos[3] se desenvolveram, porém as civilizações mais importantes foram, sem dúvida, Grécia e Roma antigas, que deixaram seus legados até os dias de hoje.[4]

Assim, pode-se dizer que ações coletivas não constituem um fenômeno contemporâneo;[5] elas remontam a Roma antiga,[6] que por meio das

---

1 GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de Antônio Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 51.

2 KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Revisão de Maria Armanda de Saint Maurice. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 22.

3 As civilizações do Egito, Mesopotâmia, China, os persas, os fenícios, os celtas, os etruscos, os eslavos e os povos germanos, entre outros.

4 Entre as inúmeras contribuições desses povos, podem-se destacar algumas religiões praticadas atualmente que tiveram origem nesse período, por exemplo, o cristianismo, o budismo, o confucionismo e o judaísmo, além de constituírem o berço dos sistemas jurídicos. GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, cit., p. 51.

5 Embora só tenha assumido a roupagem constitucional de direitos fundamentais como a conhecemos hoje na segunda metade do século XX, o que será abordado em outro tópico mais adiante.

6 José Afonso da Silva afirma que "[...] estudos históricos mais profundos revelaram a vinculação das *actiones populares* à constituição da sociedade gentílica" (*Ação popular constitucional* – doutrina e processo. São Paulo: RT, 1968. p. 12). No que concerne à Grécia antiga, não há nenhum vestígio que se possa apontar como raiz das ações coletivas, daí a referência ser apenas a Roma antiga.

ações populares foram o primeiro registro que se tem da tutela dos direitos metaindividuais.[7-8]

Afirmar que as ações coletivas tiveram origem na tradição romana pode causar espanto a muitos, pois nesse tempo ainda não havia a delimitação precisa da noção de Estado como se concebe hoje, mas os cidadãos já utilizavam um instrumento – as *actiones populares*[9] – capaz de tutelar não apenas interesses puramente pessoais, mas que pertencessem à coletividade, uma vez que imperava o sentimento de que a *res publica*[10] de alguma forma pertencia a todos os cidadãos romanos e que por isso mesmo estariam aptos a protegê-las.[11]

---

7 Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, conforme conceituação dada pelo Código de Defesa do Consumidor no artigo 81, parágrafo único, incisos I, II e III, respectivamente. Vale lembrar ainda que a palavra "metaindividual" será utilizada neste trabalho como sinônimo dos direitos e interesses coletivos *lato sensu*, bem como da expressão "transindividual". Para maiores questionamentos a respeito do uso dessas expressões, consultar: DAMASCENA, Carine Valeriano; VILLAS BOAS, Regina Vera. Aspectos relevantes da história dos direitos difusos e coletivos. *Direito & Paz*, Lorena: Centro Universitário Salesiano de São Paulo, ano 06, n. 11, p. 105, 2004.

8 Ocorre que, no período romano, não houve nenhum resquício de uma possível existência das ações coletivas passivas, objeto do presente estudo, razão pela qual será feito apenas um apanhado geral do assunto. Para um maior conhecimento do tema, consultar as seguintes obras: MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1; CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*: o direito romano e o direito brasileiro. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000; CASEIRO NETO, Francisco; SERRANO, Pablo Jiménez. *Direito romano*. São Paulo: Desafio Cultural, 2002; CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, de Luiz Carlos. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: RT, 2001;

9 Nesse sentido Nelson Nery Junior assevera: "as *actiones populares* do direito romano, previstas no Digesto 47, 23, 1, que eram essencialmente privadas, destinavam-se à proteção dos interesses da sociedade. Qualquer do povo podia ajuízá-las, mas não agia em nome de direito individual seu, mas como membro da comunidade, como defensor desse mesmo interesse público. (Ação civil pública no processo do trabalho. *Ação civil pública*: Lei 7.347/85 – 15 anos. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002. p. 601).

10 De acordo com Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior: "essa percepção da coisa pública não nasce romana, tem origem grega e democrática, *provocada a jurisdição a preocupação principal voltava-se ao mérito da demanda*". *Curso de direito processual civil* – processo coletivo. Salvador: JusPodvim, 2007. v. 4, p. 23.

11 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular* – proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001. p. 39.

Dessa feita, as *actiones populares* do direito romano só podiam ser utilizadas pelos cidadãos quando o interesse pessoal envolvesse também o interesse público,[12] constituindo uma verdadeira forma de representação da coletividade.

Como exemplos das *actiones populares* utilizadas à época do direito romano, José Afonso da Silva[13] menciona alguns tipos de ação: *sepulcro violato*, usada no caso de violação de sepulcro, coisa santa ou religiosa; *effusis et deiects*, utilizada contra quem atirasse objetos sobre a via pública; *positis et suspensis*, de natureza penal, versava sobre a proibição de se manterem nos telhados ou sacadas coisas que pudessem cair sobre a via pública; *albo corrupto*, aplicava-se multa àqueles que alterassem o edito pretoriano; *aedilitio et redhibitione et quanti minoris*, para evitar que animais perigosos fossem levados à via pública; *termino de moto*, usadas contra os que deslocassem as pedras das propriedades privadas; *tabulis*, concedida contra quem abrisse o testamento ou aceitasse a herança enquanto não terminasse o processo contra os servos tidos como culpados quando alguém fosse morto violentamente e estes se encontrassem por perto, visto que tinham a obrigação de defendê-lo; *assertio in libertatem*, nos primeiros tempos só era concedida ao assistente ou representante da pessoa que queria o reconhecimento de sua liberdade, depois também foram concedidos iguais direitos aos parentes daquele que seria libertado; *interdictum de homine lebero exhibendo*, poderia ser interposta por qualquer pessoa na defesa da liberdade;[14] *collusione detegenda*, usada quando escravos ou libertos eram declarados nascidos livres em conluio com seus antigos donos; entre outras.

---

12 Importante que se diga que os interesses públicos também podiam ser defendidos por meio dos interditos “ordens orais que o pretor ou o governador de província dá, quando, a pedido de um dos litigantes, intervém num litígio para por fim a ele”. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 321.

13 *Ação popular constitucional*, cit., p. 16-20.

14 Guardando certa semelhança com o *habeas corpus* moderno.

Uma particularidade bastante avançada para a época e que se rememora atualmente era que no direito romano a coisa julgada formada nas ações populares possuía efeito imutável e vinculante. Nesse sentido Diogo Campos Medina Maia aduz: “Ainda que a defesa de direitos coletivos fosse implementada pelo indivíduo, como membro da sociedade, o julgamento possuía efeitos *erga omnes* [...]”.[15]

Outro aspecto interessante no que se refere às ações populares romanas era que na sua grande maioria possuíam natureza penal, o que culminava muitas vezes em aplicação de multas, e, conforme observa Rodolfo de Camargo Mancuso, “muito se assemelham, na sua finalidade, às modernas ações cominatórias ou aos interditos proibitórios”.[16]

Ainda no que concerne à natureza jurídica das ações populares romanas, existe uma discussão que busca definir se teriam natureza procuratória ou não. Acerca desse dissídio doutrinário José Afonso da Silva aponta duas grandes teorias:

> a) uma que entende que as *actiones populares* têm natureza procuratória, agindo o autor *procuratorio nomines*, na defesa de um interesse público; b) outra, segundo a qual o autor agia, a um tempo, para a tutela de um interesse próprio e do interesse público.[17]

De todo modo, embora não se negue que já na Roma antiga os interesses da coletividade possuíam guarida, não se pode afirmar que a evolução das

---

15 MAIA, Diogo Campos Medina. A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 325.

16 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*, cit., p. 41.

17 SILVA, José Afonso da. *Ação popular*, cit., p. 22.

ações coletivas acompanhou a evolução dos distintos períodos[18] por qual Roma passou.

Isso porque, no período medieval, não há registro da existência de ações populares; apesar de continuarem existindo, não eram utilizadas, pois os regimes absolutistas, com todo o autoritarismo feudal e as Santas Inquisições, não permitiam que os indivíduos manejassem instrumento capaz de tutelar bem estatal, visto que estes eram de controle total dos senhores feudais.[19-20]

Dessa feita, somente no período moderno e contemporâneo, com o surgimento da democracia no Estado Liberal,[21] é que as ações populares voltaram a ser usadas pelos cidadãos como mecanismo de proteção dos interesses da coletividade.[22]

E, por não conter uma linearidade evolutiva do direito romano até o processo coletivo como se concebe hoje, é que alguns doutrinadores discordam da afirmação de que a origem histórica das ações coletivas advém do sistema romano.

---

18 Fábio Porto Ribeiro faz uma síntese apertada de quais seriam esses períodos romanos: "O processo romano experimentou três períodos distintos: o primeiro o da *legis actiones*, que se inicia com a fundação de Roma (754 a. C.) e termina no ano de 149 a. C.; o período formulário, que vai do ano de 149 a. C. (com a publicação da *Lex Aebutia* 149-126 a. C.), consolida-se com a *lex Julia privatorum*, no ano de 17 a.C. e se estende até o governo do imperador Diocleciano (285-305 d.C.), ou seja, vai até o século III da era cristã; o período da *cognitia extra ordinem,* que se inicia com o aparecimento de Otávio Augusto (27 a.C. – 14 d.C.) e se estende até o fim do império romano". *Ação rescisória no processo coletivo*: efeitos da ação rescisória na coisa julgada coletiva. 2006. Dissertação (Mestrado do Programa de Pós-graduação em Direito Processual) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 76.

19 Nesse sentido, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*, cit., p. 44-48.

20 Sobre o feudalismo consultar: MICELI, Paulo. *O feudalismo*. 20. ed. atual. São Paulo: Atual, 1998.

21 Sobre o Estado Liberal consultar: BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

22 Rodolfo de Camargo Mancuso menciona que o primeiro texto sobre a ação popular ocorreu na Bélgica com a lei comunal de 30 de março de 1836. *Ação popular*, cit., p. 46.

Não é por outra razão que Gregório Assagra de Almeida refere-se ao direito romano apenas como a "origem remota" das ações coletivas.[23]

Comungando desse entendimento de que as ações populares romanas não são o berço das ações coletivas, Márcio Flávio Mafra Leal remete a origem histórica das ações coletivas ao direito anglo-americano, entendendo que as ações populares romanas não guardam similaridade com as atuais ações coletivas, explicando assim por que sua obra "não pesquisou outros sistemas, nomeadamente o romano, já que somente a partir da experiência inglesa houve a preocupação teórica de justificar a ação coletiva e sua estrutura".[24]

E continua afirmando ainda que, justamente por esse motivo, "a maioria da doutrina, entretanto, prefere localizar os antecedentes da moderna ação coletiva no século XVII como uma variante do *bill of peace*".[25-26]

Nesse diapasão, Stephen C. Yeazell afirma que "[...] os litígios de grupo existem há pelo menos oitocentos anos".[27]

---

23 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 38.

24 LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas,* cit., p. 13, nota 2.

25 Idem, bidem, p. 22.

26 Márcio Flávio Mafra Leal define o *bill of peace* como "uma autorização para o processamento coletivo de uma ação individual e era concedida quando o autor requeria que o provimento englobasse os direitos de todos os que estivessem envolvidos no litígio, tratando a questão de maneira uniforme, evitando a multiplicação de processos". Idem, p. 22-23.

27 Tradução livre feita pela autora. No original: "[…] as existed for at least eight hundred years". *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven and London: Yale University Press, 1987, p. 21.

Sob a mesma ótica, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes aduz que “a Inglaterra é apontada como o berço dos litígios coletivos [...] o primeiro caso teria ocorrido em torno do ano 1199”.[28]

No entanto, em que pese existir discussão doutrinária acerca da verdadeira origem histórica das ações coletivas, se no direito romano ou não, o fato é que a primeira forma de tutela dos direitos da coletividade remete a essa época da história e disso decorre a importância de sua menção, mesmo sem haver nenhuma referência a demandas contra a coletividade (ação coletiva passiva), o que só surgiu no período medieval.

1.2 Idade Média

Por volta do século III, o Império Romano enfrentou uma enorme crise política e econômica, originada em razão da corrupção existente dentro do governo e dos altos gastos com supérfluos, impossibilitando assim investir recursos no exército romano.[29]

Com o exército enfraquecido, não houve grandes conquistas territoriais, diminuindo consideravelmente o número de escravos e o pagamento de tributos pelas províncias, além de deixar as fronteiras cada vez mais desprotegidas, o que possibilitou que os povos germânicos, tratados como bárbaros pelos romanos, tomassem o território romano paulatinamente.[30]

---

[28] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002. p. 45. (Coleção Temas atuais de direito processual civil, v. 5.).

[29] KASER, Max. *Direito privado romano*, cit., p. 20; GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, cit., p. 81.

[30] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 57-58.

Esse quadro de crise acentuada, juntamente com a morte do Imperador Teodósio Magno, resultou na desintegração do Império Romano que se dividiu em: Império Romano do Ocidente, com a capital em Roma, e Império Romano do Oriente, com a capital em Constantinopla.[31]

Assim, no século V (476 d. C.), após inúmeras invasões bárbaras, chega ao fim o Império Romano do Ocidente e inicia-se o período da história denominado Idade Média ou Idade Medieval,[32] que perdurou até o fim do Império Romano do Oriente, com a queda de Constantinopla no século XV (1453 d.C.) e a retomada comercial e o renascimento urbano.

Com a queda do Império Romano do Ocidente e a invasão dos povos bárbaros, as ações populares romanas aparentemente saíram de cena e a tutela da coletividade modificou-se, estando calcada a partir de então nas disposições do direito anglo-saxão, pois foi na Inglaterra que as ações coletivas mais se desenvolveram.[33-34-35]

É importante que se rememore o contexto econômico, político, social e religioso em que ações coletivas do medievo se desenvolveram, no regime

---

31 KASER, Max. *Direito privado romano*, cit., p. 22.

32 "Para uns é o século das trevas, para outros é o século da luz. De qualquer maneira será uma idade média, isto é, um meio caminho entre o mundo antigo e o mundo moderno." CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Teoria do Estado*. 3. ed. refund. e atual. São Paulo: RT, 1977, p. 91.

33 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional,* cit., p. 45.

34 "Ocorre que a tutela destes interesses de massa evoluíram e tornaram-se mais efetivos nos Estados Unidos do que na Inglaterra, daí haver maior referência ao sistema processual coletivo daquele país [...]." VIANA, Flávia Batista. Algumas considerações sobre as *class actions* norte-americanas (pequenos contrapontos com as ações coletivas brasileiras). *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 33, n. 159, p. 95, maio 2008.

35 O desenvolvimento das *class actions* norte-americanas será abordado em separado no item 1.5 em razão de sua importância para o desenvolvimento das ações coletivas brasileiras, em especial das ações coletivas passivas.

denominado feudalismo,[36] que predominou na Europa durante toda a Idade Média.

A economia medieval, baseada principalmente na agricultura, valorizava excessivamente a posse da terra, de onde provinha a subsistência de todos, senhores suseranos e vassalos, caracterizando a vassalagem[37] como estrutura política da época, o que impossibilitava o desenvolvimento da atividade comercial, que só começou a se modificar com o surgimento dos burgos, cujas principais atividades foram a manufatura, o comércio em geral e o artesanato.

A sociedade medieval era estática, com pouca mobilidade social e hierarquicamente estratificada, sendo composta por três camadas: a nobreza feudal, detentora das terras doadas pelo rei; o clero, responsável pela proteção espiritual da sociedade, mas que na prática exercia fortes influências políticas; e os servos, a maioria da população, responsáveis pelo pagamento de pesados impostos e que cuidavam da agricultura nos feudos em troca de um pedaço de terra para morar e proteção contra os povos bárbaros.

A religião exerceu papel de fundamental na Idade Média, pois a Igreja católica influenciava o comportamento das pessoas, uma vez que havia nessa época uma grande confusão entre teologia e política, além da miscelânea entre

---

[36] Segundo Paulo Miceli, "o termo feudal vem de *fief, feoudum*. De origem germânica ou celta, designa o direito de desfrutar qualquer bem, geralmente uma terra: não se trata de uma propriedade no sentido atual, mas de um usufruto, um direito de uso. Assim, o feudo poderia ser considerado como uma forma de posse sobre alguns bens reais; feudal seria aquilo que se relacionasse ao feudo; e feudalismo acabou por se transformar numa palavra que designa um período da História". *O feudalismo*, cit., p. 29.

[37] Consoante lição de Dalmo de Abreu Dallari "pela *vassalagem* os proprietários menos poderosos colocavam-se a serviço do senhor feudal, obrigando-se a dar-lhe apoio nas guerras e a entregar-lhe uma contribuição pecuniária, recebendo em troca sua proteção." *Elementos de teoria geral do Estado*, cit., p. 58-59.

direito público e direito privado, isto é, terra e Estado.[38] Logo, a Idade Média foi um período caracterizado pelas invasões bárbaras, pelo feudalismo e pelo cristianismo, e de acordo com os ensinamentos de Dalmo de Abreu Dallari esse quadro:

> [...] resulta a caracterização do Estado Medieval, mais como aspiração do que como realidade: um poder superior, exercido pelo Imperador, com uma infinita pluralidade de poderes menores, sem hierarquia definida; uma intocável multiplicidade de ordens jurídicas, compreendendo a ordem imperial, a ordem eclesiástica, o direito das monarquias inferiores, um direito comunal que se desenvolveu extraordinariamente, as ordenações dos feudos e as regras estabelecidas no fim da Idade Média pelas corporações de ofício. Esse quadro, como é fácil de compreender, era causa e conseqüência de uma permanente instabilidade política, econômica e social, gerando uma intensa necessidade de ordem e de autoridade, que seria o germe de criação do Estado Moderno.[39]

Dessa forma, todo esse contexto solidificou a idéia de grupo, impedindo a manifestação da consciência de classe[40] e distribuindo a população pelo campo em pequenos grupos auto-suficientes e isolados. Acrescente-se a isso o fato de que na Idade Média não existia a precisa separação entre os conceitos de indivíduo e comunidade.[41]

---

38 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Teoria do Estado*. 3. ed. refund. e atual. São Paulo: RT, 1977. p. 91-92.

39 *Elementos de teoria geral do Estado*, cit., p. 59.

40 Que só surgiu após a Revolução Industrial no período moderno (metade do século XVIII) com a reunião de operários nos centros de produção e que é um marco fundamental para a configuração da ação coletiva passiva e constitui um divisor, em termos econômicos, para o fim do regime feudal.

41 "O ser humano medieval estava indissociavelmente ligado à comunidade ou corporação a que pertencia, sendo fácil visualizar essa categoria como uma entidade homogênea e *unitária* (de certa forma, um *indivíduo*), fazendo-se representar tacitamente por alguns de seus membros. A coesão do grupo medieval era observada pela proximidade geográfica de seus integrantes, pela homogeneidade social, econômica e cultural entre seus membros e pelo compartilhar dos mesmos valores. Diz-se mesmo que a vida em comunidade era uma característica essencial do medievo." LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas*, cit., p. 27.

Portanto, foi diante desse cenário de desordem que surgiram as primeiras ações coletivas passivas de que se tem notícia,[42] posto que as ações eram intentadas sem nenhuma diferenciação e com a mesma importância das ações coletivas ditas ativas.[43]

O primeiro registro de ações coletivas de que se tem conhecimento data do ano de 1179, em Paris,[44] onde aldeões da vila de Rosny-sous-Bois litigavam contra o abade e os clérigos de Santa Genoveva para pôr fim à condição de servos. Ocorre que os clérigos pressionaram e muitos aldeões desistiram do processo e acabaram comprando sua liberdade, mas com a condição de não formarem uma comuna.[45] Nesse caso precursor já foi possível visualizar a capacidade de organização dos aldeões no litígio.

Outro importante caso de ação coletiva registrado no período medieval, curiosamente, versava sobre ação coletiva passiva.[46] Em 1199, o pároco Martin, de Barkway, provocou a prestação jurisdicional na Corte Eclesiástica de Canterbury, em face dos paroquianos de Nuthamstead, questionando o direito a algumas

---

42 Segundo lições de Antônio Carlos Oliveira Gidi, o período em que mais se observou o uso de ações coletivas passivas foi na Inglaterra durante a Idade Média. *A* class action *como instrumento de tutela coletiva dos direitos* – as ações coletivas em uma perspectiva comparada. 2003. Tese (Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Processo Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 471.

43 RODRIGUES NETTO, Nelson. Subsídios para a ação coletiva passiva brasileira. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 32, n. 149, p. 81, jul. 2007.

44 Esta afirmação não é unânime na doutrina, posto que Aluisio Gonçalves de Castro Mendes aponta para o ano de 1199 o primeiro caso de ação coletiva. (*Ações coletivas no direito comparado e nacional,* cit., p. 43). Todavia, referido caso também será mencionado logo a seguir em razão de sua relevância histórica para o surgimento das ações coletivas passivas.

45 LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas*, cit., p. 21-22.

46 Antônio Carlos Oliveira Gidi aponta que já havia registros de ações coletivas passivas no século IX d. C. ao relatar um caso em que moradores propuseram uma ação contra alguns animais perante os tribunais eclesiásticos para que fossem para outro lugar sob pena de serem excomungados. *A* class action *como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, cit., p. 46.

oferendas e serviços diários. Foram a juízo representar a classe de paroquianos apenas algumas pessoas.[47]

Mais um caso de ação coletiva passiva ocorreu no século XIII, quando três aldeões, em nome próprio e da comunidade de Helpingham, demandaram em face das comunidades de Bykere e Donington para que auxiliassem os habitantes de Helpingham na reparação de diques locais.[48]

Outro caso de ação coletiva passiva colhido da obra de Stephen C. Yeazell deve ser mencionado:

> No tempo de Edward II (1307-26), Emery Gegge e Robert Wawayn ajuizaram ação em benefício próprio e do resto dos médios e pobres burgueses de Scarborough em face de Roger Cross, Jonh Hugh' s son, Warin Draper e outros burgueses ricos daquela cidade.[49]

Fato marcante que se pode destacar dos casos supracitados[50] é que dadas ações coletivas passivas foram ajuizadas em face de grupos que representavam toda a coletividade, e não em face de indivíduos ou de uma corporação.[51]

---

47 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional,* cit., p. 43-44.

48 YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*, cit., p. 38.

49 Idem, ibidem, p. 38. Tradução livre feita pela autora. No original: "In the time of Edward II (1307-26) Emery Gegge and Robert Wawayn 'for themselves and the rest of the middling and poor burgesses of [Scarborough]' sued Roger ate Cross, John Hugh's son, Warin Draper, 'and others the rich burgesses of that Town".

50 Além do fato de constituírem os exemplos mais remotos que se tem de ações coletivas passivas.

51 Segundo lições de Márcio Flávio Mafra Leal este conceito só começou a ser discutido no final da Idade Média e início da Idade Moderna com a "elaboração da Teoria das Corporações, estabelecendo regras para sua existência jurídica, destacando o interesse da corporação como algo distinto dos membros que a compõem, e criando assim uma unidade jurídica apta a ser titular de direitos e deveres de modo semelhante ao que ocorria no caso das pessoas físicas". *Ações coletivas*, cit., p. 28.

E isso ocorria sem o menor entrave judicial, posto que à época medieval a preocupação cingia-se ao mérito da causa, não havendo nenhum questionamento no que se refere à legitimidade e representação de direitos alheios, uma vez que o direito material era compartilhado pela comunidade e a noção de indivíduo não se dissociava da idéia de comunidade.[52]

Ocorre que esse modo simplista de tratar os aspectos processuais das ações coletivas não prosperou nos períodos vindouros,[53] visto que começaram a ser discutidas teorias que pudessem justificar a representação de indivíduos e a extensão da coisa julgada a quem não fez parte do processo, dado que a coesão entre indivíduo e comunidade dava lugar a uma perspectiva que valorizasse a autonomia da vontade.

1.3 Idade Moderna

A Idade Moderna iniciou-se com a queda do Império Romano do Oriente, quando os turcos otomanos tomaram Constantinopla em 1453, e com o término da Revolução Francesa em 1789 (séculos XV ao XVIII).[54]

---

[52] Nesse sentido, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes pondera: "não se encontra, até o século XV, qualquer debate em torno da legitimidade de alguns para defender o direito das coletividades envolvidas, dos efeitos da coisa julgada ou de outras questões processuais. A aceitação espontânea da respectiva representação ou legitimação extraordinária, durante a Idade Medieval, é a característica constante e básica desse período. As ações de grupo não eram objeto de discussão, justificação ou teorização, razão pela qual se pode dizer que o emprego e a admissibilidade das mesmas eram realizadas de modo inconsciente". *Ações coletivas no direito comparado e nacional,* cit., p. 44-45. Na mesma esteira Márcio Flávio Mafra Leal assevera: "Não havia, portanto, discussão acerca da representatividade do autor da ação coletiva por não se discernir indivíduo de comunidade como se concebe hoje. Sob tais condições, o processo judicial era voltado para o mérito do litígio, tornando as partes e sua definição algo não problemático ou secundário." *Ações coletivas*, cit., p. 27.

[53] Idade Moderna e Contemporânea.

[54] "Século das luzes". CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Teoria do Estado*, cit., p. 100.

A passagem do período medieval para o período moderno foi um longo e demorado processo gerado por vários fatores, entre eles o aparecimento da monarquia absolutista,[55] do capitalismo, que teve início com as grandes navegações, as cruzadas e o surgimento dos burgos ao longo da Idade Média,[56] fazendo com que o feudalismo aos poucos cedesse lugar à vida urbana, aumentando consideravelmente a população das cidades e surgindo assim o espírito de lucro, característica fundamental dos tempos modernos.

Somem-se a esses fatores três acontecimentos decisivos que caracterizaram esse período da história, quais sejam: a Peste Negra, a Guerra dos Cem Anos e as revoltas populares.[57] Esses fatores, aliados à decadência do regime feudal, ao desenvolvimento do comércio e das cidades e aos grandes descobrimentos marítimos,[58] criaram condições propícias para que novas idéias fossem desenvolvidas, como o Renascimento.

O Renascimento, um movimento de fundo eminentemente filosófico, representava uma reação contra esse quadro de instabilidade política, econômica e social da Idade Média.[59] Começou na Itália e depois se propagou por toda a Europa, propondo alterar o modo de pensar da sociedade, no sentido de que os

---

55 "Com exceção da Grã-Bretanha, que fizera sua revolução no século XVII, e alguns Estados menores, as monarquias absolutas reinavam em todos os Estados em funcionamento no continente europeu; aquelas em que elas não governavam ruíram devido à anarquia e foram tragadas por seus vizinhos, como a Polônia." HOBSBAWM, Eric John. *A era das revoluções*: Europa 1789-1848. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977. p. 38.

56 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 34-35.

57 SEVCENKO, Nicolau. *O renascimento*. 24 ed. São Paulo: Atual, 1998, p. 7.

58 As grandes navegações trouxeram novas experiências culturais e científicas, por exemplo, a viagem de Cristóvão Colombo à América em 1492, a viagem de Vasco da Gama à Índia e a descoberta oficial do Brasil por Pedro Álvares Cabral em 1500.

59 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Teoria do Estado*, cit., p. 92-93.

fatos não mais se explicavam pela vontade divina,[60] passando a dar importância ao homem como o protagonista e causador dos acontecimentos.

A partir dos ideais renascentistas de valorização do homem, do enriquecimento e ascensão da burguesia, e do conhecimento de novos valores por meio das grandes navegações, as proposições da Igreja Católica da existência de uma autoridade papal que interfere na administração do Estado, a proibição da usura, bem como o pagamento obrigatório do dízimo por parte dos camponeses, culminaram no surgimento de um movimento dentro da Igreja Católica em resposta às dúvidas dos fiéis, às discussões religiosas e à insatisfação da população, denominado Reforma.[61]

Esse movimento de insatisfação com os dogmas da Igreja Católica teve como precursor o monge Martinho Lutero, na Alemanha, e depois se espalhou por diversos pontos da Europa, causando muitas revoltas sociais.

Assim, com a expansão do protestantismo, a Igreja Católica foi perdendo influência, fiéis e terras, e sofreu forte pressão por parte dos próprios católicos para que reafirmasse o seu credo.

Foi então que o Concílio de Trento[62] estabeleceu novos dogmas para o catolicismo, reabilitando a moral da Igreja Católica e detendo o avanço desenfreado do protestantismo, mas não conseguiu impedir a divisão de doutrinas.

---

60 Era a doutrina imposta pela Igreja Católica, em que todos os fatos da vida terrena eram resultados da providência de Deus, um ser superior. Assim, toda a ciência, literatura e arte refletiam o pensamento religioso da época.

61 Discorrendo a respeito das razões da Reforma: SANTOS, Pedro Ivo dos. *Renascimento, Reforma e Guerra dos Trinta Anos*. Rio de Janeiro: JCM Editores, [s.d.,] p. 65-76, passim.

62 Reunião da cúpula da Igreja Católica ocorrida entre os anos de 1545 a 1563 na cidade de Trento, na Itália. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, cit., p. 59.

A partir da Reforma o mundo não estava mais submetido à supremacia da Igreja romana, surgindo novas religiões e outras igrejas protestantes.[63]

Dessa forma, com os novos ideais trazidos pelo Renascimento, pela Reforma, e pela Contra-reforma, houve um distanciamento do conceito existente no período medieval de que os indivíduos estavam inseridos na concepção de grupo, fazendo com que esses grupos perdessem grande parte de sua importância na sociedade.

É importante registrar que esse período foi marcado pelo declínio das corporações de ofício, surgidas na Idade Média, pois na visão liberal os corpos intermediários poderiam gerar sérios gravames na relação entre o poder do Estado absoluto e os indivíduos.[64]

Esse individualismo radical, fruto da filosofia do Estado Liberal nascente à época,[65-66] culminou na diminuição considerável da propositura de ações coletivas nesse período, mas permitiu que as ações coletivas ganhassem outros contornos, pois os indivíduos passaram a ser considerados como uma aglomeração independente de sua comunidade, fazendo com que tais ações ressurgissem, mais ou menos um século depois, mais próximas dos moldes atuais.

---

63 Por exemplo, o calvinismo na Suíça e o anglicanismo na Inglaterra.

64 Nesse sentido Rony Ferreira: "[...] sob inspiração dos ideais liberais defendidos por Locke, Montesquieu e Rousseau, trouxe como conseqüência o desaparecimento das corporações de ofício, pois tais ideais não admitiam corpos intermediários entre o Estado e o indivíduo". *Coisa julgada nas ações coletivas* – restrição do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública. Porto Alegre: Fabris, 2004, p. 20.

65 "A ideologia liberal, ao sustentar um Estado mínimo, fez da liberdade individual sua marca registrada." PORTO, Fábio Ribeiro. *A ação rescisória no processo coletivo*, cit., p. 25.

66 "O Estado Liberal só veio a sedimentar-se após as revoluções burguesas norte-americana de 1776 e francesa de 1789." Idem, ibidem, p. 25.

Por conseguinte, com a concepção de indivíduo dissociada da noção de comunidade, a propositura de ações coletivas não poderia mais ser tão facilmente aceita sem questionamentos acerca da legitimidade daquele que representava o direito de toda a coletividade, inclusive dos ausentes na relação processual, como acontecia na Idade Média.[67]

E a partir desse momento só poderiam representar a coletividade pessoas físicas – indivíduos isoladamente considerados – e as pessoas jurídicas – corporações.[68] Assim, aqueles grupos que não se encaixavam nessa última categoria tornaram-se um problema, pois tratava-se de grupos informais que necessitavam de uma teoria que justificasse sua existência no mundo jurídico.

Portanto, foi nesse contexto social que começaram a surgir teorias que justificavam a representação desses grupos informais para que postulassem em prol da coletividade. De forma resumida, Márcio Flávio Mafra Leal afirma que:

> O debate se deu em torno de duas vertentes: a primeira permitia a representação do autor coletivo pelo consentimento dos representados; a segunda procurava identificar os interesses do autor com os interesses do integrante da classe, dispensando o consentimento destes.[69]

Assim, considerando os conceitos de corporação e de grupo homogêneo informal, começou a se desenvolver a noção de classe,[70] que evoluiu para o conceito

---

67 LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas*, cit., p. 28.

68 Sobre as corporações Márcio Flávio Mafra Leal afirma que "eram admitidas oficialmente por meio de concessões da Coroa ou do Parlamento (*charters*) para operar no mercado geralmente em regime de monopólio. Os demais grupos sem essa autorização encontravam-se no limbo entre a marginalidade e o reconhecimento institucional, ao menos para fins judiciais." Idem, ibidem, p. 29.

69 Idem, ibidem, cit., p. 29.

70 Segundo Márcio Flávio Mafra Leal, a classe pode ser definida como: "um conjunto de indivíduos reunidos por um interesse comum, que contavam com a antipatia do Estado e das doutrinas liberais, avessos a agrupamentos corporativos, em virtude do receio de se voltar à experiência histórica do antigo regime". E continua afirmando que "no século XVIII duas classe se destacaram:

de consciência de classe,[71] fator determinante para o estudo da ação coletiva, em especial da ação coletiva passiva, pois os conflitos envolvendo a coletividade no pólo passivo demandavam nova forma de judicialização.

No que toca à Idade Moderna, ainda é importante registrar um acontecimento de grande relevância histórica iniciado na Inglaterra na segunda metade do século XVIII denominado "Revolução Industrial".[72]

Esse episódio merece destaque não somente para a sociedade moderna, época do ocorrido, mas também e principalmente por ter delineado a conjuntura econômica, social e política da sociedade contemporânea.[73]

A Revolução Industrial eclodiu em 1780[74] e se desenvolveu em razão do crescente investimento em melhores técnicas e mecanização das indústrias, fazendo com que o processo de produção de pequena escala e artesanal fosse cedendo espaço à produção em série, e que, em termos econômicos, fosse considerado o grande divisor de águas do regime feudal para o nascente capitalismo. Em termos

---

as sociedades por ação (*join-stock companies*) e as sociedades de 'amigos' (*friendly societies*)". Ibidem, cit., p. 29.

71 Que só se desenvolveu no início do século XIX como reflexo da Revolução Industrial.

72 HOBSBAWM, Eric John. *A era das revoluções*: Europa 1789-1848, cit., p. 43. Sobre a Revolução Industrial consultar também as seguintes obras: Idem, *Da revolução industrial inglesa ao imperialismo*. Tradução de Donaldson Magalhães Garschagen. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003; MANTOUX, Paul. *A revolução industrial no século XVIII* – estudos sobre os primórdios da grande indústria moderna na Inglaterra. Tradução de Sônia Rangel. São Paulo: Unesp Hugite, 1957. NERÉ, Jacques. *História contemporânea*. Tradução de Octavio Mendes Cajado. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 1988.

73 Comungando desse entendimento: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Considerações sobre o direito norte-americano. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano IV, n. 16, p. 119, out.-dez. 1979.

74 "O que significa a frase 'a revolução industrial explodiu'? Significa que a certa altura da década de 1780, e pela primeira vez na história da humanidade, foram retirados os grilhões do poder produtivo das sociedades humanas, que daí em diante se tornaram capazes da multiplicação rápida, constante, e até o presente ilimitada, de homens, mercadorias e serviços. Este fato é hoje tecnicamente conhecido pelos economistas como a 'partida para o crescimento auto-sustentável'." HOBSBAWM, Eric John. *A era das revoluções*: Europa 1789-1848, cit., p. 44.

político-sociais, determinou a conscientização de classe, que mais tarde evoluiu para o aparecimento da classe operária, como se verá no tópico seguinte.

1.4 Idade Contemporânea

A Idade Contemporânea compreende o período que vai desde a Revolução Francesa em 1789 até os dias atuais.[75] E por uma questão didática pode ser dividida em três períodos distintos: séculos XIX, XX e XXI.

1.4.1 Século XIX

O final do século XVIII e início do século XIX foi um período marcado por muitas crises, pois caíam os velhos regimes da Europa, modificava-se a economia com as conseqüências da Revolução Industrial e as agitações político-sociais eram muito intensas,[76] sendo a mais importante a Revolução Francesa.[77]

A Revolução Francesa foi um grande marco para a sociedade contemporânea,[78] pois por intermédio de seus ideais iluministas[79] o que se viu

---

75 GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, cit., p. 131.

76 "[...] a brutal pauperização das massas proletárias, já na primeira metade do século XIX [...] acabou, afinal, por suscitar a indignação dos espíritos bem formados e a provocar a indispensável organização da classe trabalhadora." COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, cit., p. 41.

77 "Se a economia do mundo do século XIX foi formada principalmente sob a influência da revolução industrial britânica, sua política e ideologia foram formadas fundamentalmente pela Revolução Francesa." HOBSBAWM, Eric John. *A era das revoluções*: Europa 1789-1848, cit., p. 71.

78 A respeito da importância da Revolução Francesa, Norberto Bobbio afirma que "os testemunhos da época e os historiadores estão de acordo em considerar que esse ato representou um daqueles momentos decisivos, pelo menos simbolicamente, que assinalam o fim de uma época e o início de outra, e, portanto, indicam uma virada na história do gênero humano." *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 14.ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 85.

79 "[...] a convicção no progresso do conhecimento humano, na racionalidade, na riqueza e no controle sobre a natureza". BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, cit., p. 36-37.

foi uma verdadeira revolução social de massas, representando o começo da emancipação das classes sociais, marcando em definitivo que o poder nasce do povo e é por meio dele que se legitima,[80-81] e institucionalizando as liberdades individuais e a igualdade entre os homens.[82]

Portanto, foi no século XIX que se consolidaram de vez o Estado Liberal, o capitalismo, a sociedade burguesa, fazendo surgir a conscientização de classe, da classe operária e os conflitos que dela advêm.

Logo, com a nova formatação econômica, política e social advinda após a Revolução Industrial e Francesa, com um crescimento econômico acelerado, e o recrutamento de trabalhadores do campo para as cidades e suas respectivas aglomerações em unidades de produção, vivendo em condições precárias e trabalhando em lugares insalubres, com jornadas desumanas e salários mínimos, muitos trabalhadores se revoltaram, fazendo nascer assim a consciência de classe.

Esse fenômeno surgido na Europa Ocidental no início do século XIX aflorou um *tertium genus*, os corpos intermediários,[83] que se situavam entre o Estado e o indivíduo e que no anseio de juntos lutarem por melhores condições de trabalho fez

---

80 BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 40.

81 No mesmo sentido, Celso Ribeiro Bastos assevera: "É conhecida como a revolução da liberdade e da igualdade, representando uma mudança significativa na história da humanidade, pois foi nela que foram declarados os direitos do homem em 1789. A partir daí começou a ocorrer o ingresso das massas e sua participação nos assuntos do Estado, por intermédio das práticas democráticas." *Curso de teoria do Estado e ciência política*. 6. ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004. p. 164-165.

82 Idem, ibidem, p. 166.

83 Como ensina Mauro Cappelletti, até esse momento apenas um grupo se situava entre o Estado e os indivíduos, a família. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Tradução de Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano II, n. 5, p. 148, jan.-mar. 1977.

despontar a primeira classe da história da humanidade – a classe operária, que se reconhecia e identificava como tal.

A formação da consciência de classe e a conseqüente organização coletiva dos trabalhadores foram o fator determinante para a evolução da tutela dos direitos metaindividuais e principalmente da ação coletiva passiva, pois a partir desse momento havia uma justificativa bastante eloqüente para a elaboração de um sistema processual apropriado para dirimir esses conflitos, até então inexistente nos ordenamentos jurídicos ocidentais, arraigados em uma concepção extremamente individualista e formal.[84]

Cumpre ressaltar que esse período da humanidade essencialmente individualista em razão das influências libertárias das grandes revoluções e da doutrina filosófica dos direitos do homem[85] fez com que as codificações civis e processuais concebessem apenas dois tipos de solução para os litígios: uma privatista e outra publicista,[86] pois prevalecia a *summa divisio* entre público e privado.[87-88]

---

84 "Nos estados liberais 'burgueses' dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante." E continua: "A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar sues custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva." CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 9.

85 VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 26-27.

86 PORTO, Fábio Ribeiro. *A ação rescisória no processo coletivo*, cit., p. 29.

87 FERREIRA, Rony. C*oisa julgada nas ações coletivas*, cit., p. 32- 33.

88 Hodiernamente fala-se em outra *summa divisio*, que seria a divisão entre direito individual e direito coletivo, como se observa das seguintes obras: ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito coletivo brasileiro.* Autonomia metodológica e a superação da *summa divisio* direito público e direito privado pela *summa divisio* constitucionalizada e relativizada direito coletivo e direito individual. 2006. Tese (Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; ALMEIDA JÚNIOR, Clóvis de. *A formação do microssistema*

A solução privatista consistia em conferir legitimidade ao suposto possuidor do direito para que litigasse em prol de seus interesses pessoais e a solução publicista conferia ao Estado a legitimidade para tutelar todos os interesses que não fossem particulares.

Dessa feita, vigorava nessa época o que se convencionou denominar de "fase sincrética do processo", em que não havia nenhuma separação entre direito material e direito processual, sendo esse último considerado como mero apêndice do direito material e que perdurou até meados do século XIX.[89] Portanto, a ação era vista como o próprio direito subjetivo material.[90]

Entretanto, essa visão sincrética do processo começou a ser modificada com a publicação da obra *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*, de Oskar von Bülow, em 1868, que proclamava uma relação jurídica especial entre os sujeitos do processo (juiz, autor e réu) diferente da relação jurídico material, dando início à "fase autonomista ou conceitual do processo".[91]

Portanto, somente nessa segunda fase metodológica o direito processual foi considerado uma ciência autônoma em relação ao direito material e foram

---

processual coletivo, a força normativa da Constituição Federal e a efetividade da tutela coletiva. 2008. Dissertação (Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direitos Difusos e Coletivos) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 35-48.

89 Ada Pellegrini Grinover explica o que seria este direito subjetivo: "Direito subjetivo, que era a manifestação da igualdade formal, legitimando a desigualdade substancial; expressão da liberdade formal, legitimando a sujeição substancial; o símbolo de pacífica convivência, legitimando agressões e prejuízos à esfera privada alheia". E continua: "Em um quadro político, econômico e social estruturalmente renovado, a figura exclusiva do direito subjetivo, em seu enfoque tradicional, não mais pode prevalecer". A tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano IV, n. 14-15, p. 25-26, abr.-set. 1979.

90 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 48.

91 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1, p. 253-254.

elaboradas grandes teorias processuais sobre a natureza jurídica da ação e do processo, condições da ação e pressupostos processuais.[92]-[93]

Acontece que, mesmo com a evolução da visão sincrética do processo para a visão autonomista do processo, muitas questões continuavam pendentes de solução jurídico-processual, pois o novo fenômeno da sociedade de massas gerava conflituosidades não apenas entre indivíduos, mas entre toda a coletividade.[94]

Dessa forma, esse novo panorama social demandava nova forma de composição do conflito na seara do direito processual, ao mesmo tempo em que se fazia necessária uma reformulação do próprio direito material, o que só veio acontecer no século XX.

1.4.2 Século XX

O final do século XIX e início do século XX[95] foram marcados pelas grandes Guerras Mundiais, pelas mazelas do capitalismo liberal, pela intensificação das

---

92 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, cit., p. 48.

93 Em que pesem os avanços alçados com essa nova concepção autonomista do processo, falhas ainda se apresentavam, pois o processo era visto como um instrumento eminentemente técnico do direito material, sem nenhuma conotação deontológica ou preocupação com a justiça, o que só ocorreu no século XX com o advento do terceiro momento metodológico, denominado "fase instrumentalista ou teleológica", que se estende até os dias atuais. Sobre esta fase processual consultar a seguinte obra: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

94 Nesse diapasão Ada Pellegrini Grinover acentua: "Novos conflitos, meta-individuais, esperam solução, na sociedade contemporânea; e exatamente por sua configuração coletiva e de massa são típicos das escolhas políticas e indicam a necessidade de se adotarem novas formas de participação". A tutela jurisdicional dos interesses difusos, cit., p. 25-26.

95 O século XX compreende o período da história iniciado em janeiro de 1901 até dezembro de 2000. Ocorre que, embora esta afirmação pareça ser uma dedução lógica, não é o que afirma Eric John Hobsbawm, pois para ele o século XX, por questões de relevância histórica, é marcado pela eclosão

relações sociais e pela modificação das relações de trabalho, pois o novo paradigma de produção colaborou para que os trabalhadores começassem a se organizar melhor para reivindicar seus direitos, dando origem aos sindicatos operários.[96]

Com efeito, o surgimento da sociedade de massas,[97] com a conseqüente intensificação das relações sociais, foi fundamental para que outras questões, não apenas as trabalhistas, começassem a ser reivindicadas, como saúde, educação, segurança material,[98] entre outros, estabelecendo uma nova ordem de conflitos até então inexistente na ordem jurídica e que demandavam novas formas de solução.[99]

---

da Primeira Guerra Mundial em 1914 até o colapso da União Soviética em 1991, quando se encerra o que ele denominou de "era dos extremos", pois houve verdadeiras oscilações entre o que ele denominou de "era das catástrofes", em razão da calamidade por que passou o mundo desde a Primeira Guerra Mundial até os reflexos da Segunda Guerra Mundial, mas que se seguiu por uma "era de ouro" com grandes avanços econômicos e transformação social que durou cerca de 25 a 30 anos, seguindo-se novamente por uma "era de decomposição, incerteza e crise". *A era dos extremos*: o breve século XX – 1914-1991. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. 24.ª impressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 15.

96 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do Estado e ciência política*, cit., p. 152. Na mesma esteira Ronaldo Lima dos Santos ensina que o nascimento dos sindicatos é um fenômeno da contemporaneidade, uma contribuição da Revolução Industrial. *Sindicatos e ações coletivas:* acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo: LTR, 2003. p. 30.

97 Ronaldo Lima dos Santos conceitua e apresenta as características de uma sociedade de massa; confira-se: "a sociedade de massa é marcada não somente pelo seu aspecto quantitativo, mas igualmente por constituir uma sociedade onde 'a uniformidade social prevalece sobre a universalidade', isto é, tendencia-se a tratar uniformemente os indivíduos, tanto sob o aspecto formal quanto material". E quanto as características são as seguintes: "a) ausência de organização social; presença de uma agregação de indivíduos que, embora separados, desligados ou anônimos, possuem homogeneidade em relação a determinados comportamentos ou situações nas quais se encontram; b) os comportamentos são não-organizados, não-estruturados, não-coordenados; c) caracteriza-se pelo comportamento de massas, isto é, nele as pessoas agem individualmente, mas na mesma direção e com estímulos e condições idênticas; d) não se manifestam por meio de um grupo, mas individualmente de forma uniforme; e) massa não consiste num grupo, não pode interagir, mas pode ser levemente identificada pela uniformidade; há uma fluidez da pessoalidade – mais precisamente nas sociedades primitivas – para a impessoalidade, particularidade esta das sociedades modernas. *Sindicatos e ações coletivas*, cit., p. 61-62.

98 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, cit., p. 11.

99 É por isso que José Carlos Barbosa Moreira assevera que: "[...] para os fenômenos de massa: produção de massa, distribuição de massa, comunicação de massa, e porque não, processo de massa?" Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo:

Sendo assim, o Estado Liberal se viu obrigado a atender a essas reivindicações sociais, o que aconteceu principalmente no que se referia aos direitos trabalhistas e previdenciários.

Portanto, esse foi o ponto de partida para o surgimento do Estado Social de Direito ou Estado do Bem-Estar Social, caracterizado pela progressiva assunção por parte do Estado de várias atividades econômicas, sociais, previdenciárias, entre outras.

Desse modo, com o Estado Social de Direito deu-se início às preocupações com o garantismo social ou coletivo,[100] discutindo questões como os direitos humanos, o meio ambiente, o patrimônio cultural, entre outros, fazendo despertar o que hoje denominamos de "direitos difusos".[101]

Ocorre que o sistema de tutela processual existente até o momento, de cunho eminentemente formal e individualista, não estava apto a tutelar esses novos direitos,[102] os quais não se enquadravam na clássica divisão entre público e privado,[103] nem mesmo os novos conflitos surgidos na sociedade

---

RT, ano 16, n. 61, p. 187, jan.-mar. 1991. No mesmo sentido: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Considerações sobre o direito norte-americano, cit., p. 119.

100 CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, cit., p. 154.

101 E não é por outra razão que a idade contemporânea é marcada pela ascensão e fortalecimento das ações coletivas após um longo período de estagnação.

102 Sob esse prisma Antônio Carlos Wolkmer pontua: "É necessário transpor, portanto, o modelo jurídico individualista, formal e dogmático, adequando seus conceitos, institutos e instrumentos processuais no sentido de contemplar, garantir e materializar 'novos' direitos." Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos "novos" direitos. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Os "novos" direitos no Brasil*: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 21.

103 Acentua Mauro Cappelletti que "a *summa divisio* aparece irremediavelmente superada diante da realidade social de nossa época, que é infinitamente mais complexa, mais articulada, mais 'sofisticada' do que aquela simplista dicotomia tradicional". Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, cit., p. 135.

massificada, que não eram apenas entre indivíduos, mas envolviam toda uma coletividade.[104]

Assim, na esteira dos movimentos sociais e das preocupações com novos direitos, os movimentos provenientes de atos organizados pela coletividade ganharam notoriedade, o que colaborou inegavelmente para a proteção dos direitos metaindividuais e, conseqüentemente, para o desenvolvimento da ação coletiva passiva, que tem por objetivo solucionar demandas envolvendo a coletividade no pólo passivo.

1.4.2.1 Da Segunda Guerra Mundial ao movimento de acesso à justiça: razões para o não-desenvolvimento da ação coletiva passiva

A Segunda Guerra Mundial (1939 – 1945), a mais violenta da história da humanidade,[105] mudou por completo a vida dos sobreviventes, pois estes herdaram a missão de reconstruir o mundo, proporcionando a mudança de muitos paradigmas.

Em que pese o grande massacre gerado pela Segunda Guerra Mundial, assistiram-se nos anos seguintes a grandiosas inovações científicas e tecnológicas,[106]

---

[104] Sob essa ótica Mauro Cappelletti assevera: "[...] a justiça será invocada não mais somente contra violações de caráter individual, mas sempre mais freqüente contra violações de caráter essencialmente coletivo, enquanto envolvem grupos, classes e coletividades. Trata-se em outras palavras de 'violações de massa'". Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, cit., p. 130.

[105] "Calcula-se que 60 milhões de pessoas foram mortas durante a 2.ª Guerra Mundial, a maior parte delas civis." COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, cit., p. 199.

[106] Linha de montagem e produção em massa; invenção de máquinas voadoras mais pesadas; comunicações globais em tempo real por meio de satélite; tecnologias de mídia de massa, como o filme, rádio e televisão; o telefone, depois o computador e mais tarde a internet.

médicas,[107] sociais,[108] ideológicas[109] e políticas,[110] além de um grande progresso econômico.[111]

Portanto, o período de aproximadamente vinte e cinco a trinta anos que se seguiu após a Segunda Guerra Mundial, conhecido como “os anos dourados”,[112] definiu a conjuntura atual, pois intensificou a produção e a troca de bens, o urbanismo acelerado e o entrelaçamento das relações econômicas e sociais, favorecendo o reconhecimento de uma nova ordem de interesses, os denominados “direitos difusos”.

Com a reconstrução do mundo após o trágico contexto político dos totalitarismos contemporâneos[113] e das devastações pós-Segunda Guerra Mundial, o contexto jurídico também foi modificado, necessitando repensar a função do direito como instrumento garantidor da paz social como ele é.[114] É com esse espírito que Fábio Konder Comparato afirma que:

---

107 Antibiótico, contraceptivo oral, entre tantos outros.

108 Personalidades importantes como Mahatma Gandhi pregavam a não-violência, contribuindo para o movimento de independência da Índia. Além disso, quase todas as nações envolvidas na Segunda Guerra Mundial começaram a abrir mão de suas colônias.

109 Divisão do mundo entre capitalismo (Estados Unidos) e socialismo (União Soviética), destituindo a Europa do eixo do poder.

110 Corrida armamentista e as guerras da Coréia, do Vietnã e a crise dos mísseis de Cuba que formataram o novo cenário político internacional.

111 Criação da Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA) em 1951, que criou as raízes para a Fundação da Comunidade Econômica Européia (CEE) em 1957 e que mais tarde evoluiu para o surgimento da União Européia.

112 HOBSBAWM, Eric John. *A era dos extremos*: o breve século XX – 1914-1991, cit., p. 253.

113 Os regimes totalitários do fascismo e do nazismo proporcionaram ditaduras ferozes, genocídio e muitas guerras.

114 Cândido Rangel Dinamarco pondera que o direito processual, além de garantir a paz social, possui outros escopos: educar as pessoas para que defendam seus direitos e respeitem os alheios, viabilizar a estabilização de instituições políticas e a participação dos cidadãos no Estado. *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 127-131.

> As consciências se abriram, enfim, para o fato de que a sobrevivência da humanidade exigia a colaboração de todos os povos na reorganização das relações internacionais, com base no respeito incondicional à dignidade humana.[115]

Dessa feita, estava traçado o novo paradigma da pós-modernidade: a afirmação da dignidade da pessoa humana e não mais a afirmação dos direitos e garantias individuais, como foi visto em outros momentos históricos.[116]

Foi nesse contexto de intensificação das relações sociais e de tentar proteger a coletividade, vitimizada que estava após todos os horrores daquela época, que foi aprovado em 1948 pela Assembléia Geral das Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos Humanos, iniciando uma nova era do sistema legal, pois se consagrava a internacionalização dos direitos humanos.[117]

Assim, a partir da afirmação da existência de novas espécies de direitos fundamentais, os direitos dos povos e da humanidade foram difundidos e alçados à categoria de “direitos difusos”.

Consoante lição de Mauro Cappelletti:

> Os interesses difusos representam um fenômeno típico e de importância crescente, da sociedade moderna, caracterizado pela passagem de uma economia baseada principalmente em seus relatórios individuais para uma economia em cujo trabalho, produção, trocas e consumo,

---

115 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, cit., p. 200.

116 VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*, cit., p. 25-35, passim.

117 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, cit., p. 209. Na mesma esteira, Norberto Bobbio assinala que “a Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro: mas suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre”. *A era dos direitos*, cit., p. 34.

> mas também educação, turismo, comunicação, assistência social e previdência, etc., são fenômenos "de massa".[118]

A principal característica dos direitos difusos é que seu titular não é mais o indivíduo isoladamente considerado, e sim a coletividade.[119-120] Podem ser considerados direitos difusos, os direitos humanos, o meio ambiente, a sadia qualidade de vida, o consumidor, o patrimônio público, entre tantos outros.

Com efeito, a propagação dos direitos difusos, também denominados direitos de terceira geração[121] ou de terceira dimensão,[122] foi intensa e ganhou a pauta de muitas discussões jurídicas pelo mundo.[123]

Portanto, com a conscientização dos chamados "novos direitos" no cenário internacional, a necessidade de proteção da coletividade traumatizada com os massacres do pós-Guerra e o crescimento incontrolável da sociedade de massas e conseqüentemente dos conflitos envolvendo a coletividade, tornava-se urgente um aparato processual que pudesse tutelar esse novo quadro, posto que a

---

118 CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 16, n. 61, p. 150, jan.-mar. 1991.

119 Nesse sentido Ada Pellegrini Grinover pontua: "o interesse difuso caracteriza-se por sua ampla área de 'conflittualità'". A tutela jurisdicional dos interesses difusos, cit., p. 27. Na mesma direção Mauro Cappelletti pondera: "Nossa época [...] traz prepotentemente ao palco novos interesses 'difusos', novos direitos e deveres que, sem serem públicos no senso tradicional da palavra, são, no entanto, coletivos: desses ninguém é 'titular', ao mesmo tempo em que todos os membros de um dado grupo, classe, ou categoria, deles são titulares". Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, cit., p. 135.

120 A definição do que seja direito difuso também pode ser extraída do artigo 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor.

121 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 569.

122 Expressão utilizada por SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 58; WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos "novos direitos", cit., p. 9.

123 De acordo com as lições de Fábio Konder Comparato, a convenção da ONU realizada em 1972 foi o primeiro documento normativo internacional a reconhecer e proclamar um direito da humanidade, pois se referia à proteção do patrimônio mundial, cultural e natural. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, cit., p. 347.

dogmática jurídica tradicional, de cunho eminentemente formal e individualista, não correspondia aos anseios da nova sociedade.[124]

Isso posto, a partir de então começaram a se desenvolver teorias para que pudessem tornar a ciência processual menos formal e individualista, a fim de se conformar às novas necessidades humanas para alcançar um objetivo maior – a justiça.

Assim, teve início a denominada "fase instrumentalista do processo", [125] cujo maior objetivo é alcançar o provimento jurisdicional adequado, isto é, o processo passou a ser visto como meio voltado à consecução de seu fim, que é a realização da justiça, e que está vigendo até os dias atuais.[126]

Foi com esse espírito reformador da ciência processual que na década de 70 realizaram-se vários congressos cujos temas relacionavam-se com a tutela coletiva dos direitos difusos, entre os quais é possível destacar: o Congresso de Pávia, em junho de 1974, o III Congresso Nacional da Associazone di Diritto

---

[124] Nesse diapasão, Cândido Rangel Dinamarco assevera que "o exagerado conceitualismo que dominou a ciência do processo a partir do século XIX e a intensa preocupação garantística que se avolumou na segunda metade do século XX haviam levado o processualista a uma profunda imersão em um mar de princípios, de garantias tutelares e de dogmas que, concebidos para serem fatores de consistência metodológica de uma ciência, chegaram ao ponto de se transmudar em grilhões de servidão". *Nova era do processo civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 20.

[125] A evolução do processo até chegar a esta fase instrumentalista foi abordada no item 1.4.1 do presente trabalho.

[126] Sobre essa afirmação Cândido Rangel Dinamarco discorre: "a visão instrumental que está no espírito do *processualista moderno* transparece também, de modo bastante visível, nas preocupações do constituinte e do legislador brasileiro da atualidade, como se vê na Lei dos Juizados Especiais, na Lei da Ação Civil Pública, no Código de Defesa do Consumidor e no Código da Criança e do Adolescente (medidas destinadas à efetividade do processo, especialmente mediante a oferta de tutela jurisdicional coletiva)". *A instrumentalidade do processo*, cit., p. 25.

Comparato, em maio de 1975,[127] e o Congresso de Florença, em maio de 1976, todos na Itália.[128]

Portanto, a década de 70 foi marcada como o período em que se desenvolveram as preocupações com a tutela dos direitos coletivos, tornando-se ainda mais importante em razão do que se convencionou denominar de "movimento de acesso à justiça",[129] responsável direto pelo surgimento e desenvolvimento da tutela coletiva no mundo ocidental, principalmente nos ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica, posto que a tutela coletiva nos ordenamentos jurídicos de tradição anglo-saxônica estava mais desenvolvida.[130]

O referido movimento de acesso à justiça teve como principal expoente o professor italiano Mauro Cappelletti, cujo estudo versava sobre três correntes mundiais (as famosas "ondas" de acesso à justiça) que discutiam soluções para os problemas da justiça e que podem ser assim resumidas: a primeira onda renovatória dispunha sobre a necessidade de providenciar a assistência judiciária aos menos favorecidos; a segunda onda renovatória tratava da urgência em proteger os direitos metaindividuais; e a terceira onda renovatória era uma espécie de reforço às duas primeiras.[131]

---

127 PIZZOL, Patricia Miranda. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006. p. 90-91.

128 PORTO, Fábio Ribeiro. *A ação rescisória no processo coletivo*, cit., p. 34.

129 Ressalte-se que, apesar de a Itália ter sido precursora na tutela dos direitos metaindividuais, não houve uma evolução sobre o assunto, como ocorreu no Brasil, embora tenha sido publicado recentemente o *Codice del Consumo* (Decreto legislativo 6 settembre 2005 n. 206). Disponível em: <http://www.cortedicassazione.it/Documenti/dlgs206_05.html>. Acesso em: 24 set. 2008.

130 Por exemplo, os Estados Unidos da América, como se verá no item 1.5.

131 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, cit.

Assim, como se pode visualizar ao longo da dissertação, o movimento de acesso à justiça, bem como o desenvolvimento da tutela coletiva, foram impulsionados principalmente pela incapacidade de o direito processual clássico tutelar os novos direitos oriundos da sociedade de massas, que não possuía organização e estrutura aptas para se defender dos danos de largas proporções.

Por conseguinte, o estudo da tutela coletiva estruturou-se sobre as premissas da insuficiência da ciência processual clássica e da falta de proteção da coletividade,[132] o que explica a inércia do desenvolvimento da ação contra a coletividade no sistema de *civil law,*[133] pois a coletividade, em razão das mazelas da Segunda Guerra Mundial, encontrava-se fragilizada e desprotegida, não havendo a menor possibilidade de se cogitar que figurassem no pólo passivo de uma relação processual.

Importante ressaltar que não há nenhuma objeção à estruturação e consolidação da tutela coletiva em prol da coletividade, o que se quer demonstrar apenas é que fatores históricos explicam o não-desenvolvimento das ações coletivas passivas nos ordenamentos jurídicos do sistema romano-germânico, pois o momento era de estimular e fortalecer as atividades de grupos tão oprimidos seja pelas guerras, seja pelo capitalismo, sendo, portanto, inadequado criar instrumentos processuais que lhes impusessem limites.

---

[132] Diogo Campos Medina Maia ainda faz alusão a outros motivos que estimularam o desenvolvimento do processo coletivo, quais sejam: "(a) a intensificação das relações sociais, que aumentaram a ocorrência de lesões de direitos com larga abrangência; (b) o reconhecimento de direitos que não possuíam titular individual – os direitos difusos; (c) a impossibilidade de defesa coletiva de direitos pela disciplina processual individualmente concebida; (d) o desestímulo de se buscar individualmente a reparação de lesões coletivas de menor expressividade, deixando tal sorte de direitos sem tutela eficaz; (e) a economia processual, evitando-se o ajuizamento de diversas ações sobre o mesmo tema; (f) a uniformização da jurisprudência". A ação coletiva passiva, cit., p. 332.

[133] O mesmo não se pode afirmar dos países de *common law*, visto que os Estados Unidos da América vislumbravam a possibilidade da coletividade figurar no pólo passivo de uma demanda judicial desde 1842, pois a *Equity Rule* 48 não fazia nenhuma distinção entre a coletividade figurar no pólo ativo ou passivo da demanda. Esse assunto será melhor abordado no item 1.5.

1.4.3 Século XXI

O período iniciado nos anos 2000 e que vai até a presente data compreende o ainda principiante século XXI.

Após muitas profecias de que a virada do milênio seria a marca do fim de todos os tempos,[134] felizmente não é o que se observa, embora, de fato, o desenvolvimento acelerado e desmedido tenha levado o planeta Terra a "gritar" por socorro, vide as grandes catástrofes naturais ocorridas nos últimos tempos.[135]

O incipiente século XXI já é marcado por importantes avanços tecnológicos[136] e científicos[137] e a globalização é a nota característica desse período da história, pois a comunicação em massa atingiu um nível sem precedentes.

Por meio da Internet, a economia mundial está cada vez mais imbricada, os conflitos militares preocupam várias nações ainda que não envolvidas diretamente, por exemplo, o ataque terrorista em 11 de setembro de 2001 aos Estados Unidos da América resultou em medidas de segurança até mesmo na Europa, outro

---

134 Profecia de Nostradamus de que o mundo acabaria após um eclipse em julho de 1999, ou seja, bem próximo da virada do milênio.

135 Por exemplo, as grandes enchentes, os furacões, o "Tsunami" ocorrido na Ásia em 26 de dezembro de 2004, o aquecimento global, entre outros. Para citar um exemplo brasileiro, as recentes enchentes em Santa Catarina que destruíram cidades inteiras, deixando muitos mortos, feridos e desabrigados.

136 A Internet se consolida como o grande veículo de comunicação em massa e armazenagem de informações, por exemplo, o *site* de relacionamentos Orkut e maior *site* de vídeos, o Youtube. Cresce a popularaização da banda larga; surge a telefonia via internet, como o Skype; câmeras digitais, celulares e MP5 tornam-se cada vez mais populares; o DVD substitui as fitas VHS; o disquete é substituído pelo CD-R e depois pelo *pendrive*; entre tantas outras inovações.

137 É concluído o Projeto Genoma; descobre-se o planeta anão Éris, maior que Plutão, redefinindo o sistema solar; entre tantos outros grandes feitos.

continente, e as próprias doenças, como a gripe aviária, que se expandem com uma facilidade aterrorizante.

Assim, é nesse contexto de globalização intensa, internacionalização dos conflitos e da economia, comunicação e informação sem fronteiras, sociedade extremamente massificada, e coletividade cada vez mais organizada e fortalecida, que os conflitos não se limitam apenas entre o agente causador do dano e a sociedade, mas também entre um grupo de indivíduos contra outro grupo de indivíduos, ou entre determinada comunidade em desfavor de um agente.

É exatamente nesse sentido, de que inovações sempre ocorrem sem que se possam fazer previsões, que Norberto Bobbio já profetizava:

> O campo dos direitos sociais finalmente está em contínuo movimento: assim como as demandas de proteção social nasceram com a revolução industrial, é provável que o rápido desenvolvimento técnico e econômico traga consigo novas demandas, que hoje não somos capazes nem de prever.[138]

Portanto, esse novo paradigma revela, mais uma vez, que a ciência processual carece de modificações em virtude das transformações ocorridas na sociedade, advindo daí a necessidade se discutir um novo instrumento jurídico capaz de solucionar essa nova ordem de conflitos sociais.[139] Eis a razão para pensar o instituto das ações coletivas passivas.

---

138 *A era dos direitos*, cit., p. 34.

139 É por essa razão que Cândido Rangel Dinamarco afirma que "[...] o processo civil está no tempo presente em busca de sua própria identidade e da construção de um modelo fiel às novas realidades da sociedade atual [...]". *Nova era do processo civil*, cit., p. 11.

Desse modo, as ações coletivas passivas são de extrema importância, tendo em vista ser o instrumento adequado para solucionar questões quando um grupo de pessoas estiver situado como réu em uma dada relação jurídica afirmada na petição inicial, ou seja, quando a demanda formulada for proposta em face de uma coletividade.

É bom lembrar que, embora o processo de conformação do Direito para com as novas realidades sociais seja minucioso e demorado, e esse deve ser o seu curso natural para evitar soluções impensadas e que emperrem ainda mais o Judiciário,[140] isso não retira a necessidade da adoção de novos instrumentos processuais, por exemplo, as ações coletivas passivas.

1.5 Estados Unidos da América

Em razão da importância histórica das *class actions* [141] norte-americanas para o desenvolvimento da tutela coletiva em vários ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro,[142] com especial destaque para as ações coletivas passivas

---

[140] Com esse entendimento Cândido Rangel Dinamarco pondera que: "É natural e sadia a resistência às propostas inovadoras, especialmente quando se pensa em inovar substancialmente na ordem jurídica e no modo-de-ser das coisas da Justiça". E continua: "Como é de geral sabença, as grandes estruturas movimentam-se lentamente e convém que assim seja, porque movimentos bruscos podem ser causa de rupturas ou fissuras em estruturas de grande porte, como é a ordem jurídica e como é a máquina judiciária". *Nova era do processo civil*, cit., p. 16.

[141] Segundo Cassio Scarpinella Bueno, as *class actions* do direito norte-americano podem ser conceituadas como: "o procedimento em que uma pessoa, considerada individualmente, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, entre si, um interesse comum". As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 21, n. 82, p. 93, abr.-jun. 1996.

[142] As *class actions* são a fonte de inspiração direta ou indireta de muitos ordenamentos jurídicos, entre os quais: Canadá, França, Itália, Alemanha, Austrália, Nova Zelândia e o Brasil. LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas*, cit., p. 154. No que se refere às ações coletivas brasileiras, a maior contribuição norte-americana relaciona-se com a ação coletiva para a tutela dos interesses individuais homogêneos. Sobre o assunto consultar: ARAÚJO, Rodrigo Souza Mendes. A ação

(*defendant class actions*), é que se optou por abordar esse assunto em um tópico próprio.

No entanto, é bom que se diga que não há a menor pretensão de fazer um estudo de direito comparado, o que demandaria um trabalho minucioso e demorado, posto as inúmeras diferenças que circundam os sistemas de *common law* e de *civil Law,*[143] além das diferenças culturais, políticas e econômicas que interferem na compreensão de muitos institutos jurídicos.

Os Estados Unidos foram colonizados pela Inglaterra e por esse motivo adotaram o sistema jurídico vigente naquele país,[144] embora se saiba que as ações coletivas tenham se desenvolvido muito mais nos Estados Unidos do que na Inglaterra.[145]

---

para a tutela dos interesses individuais homogêneos: a *class action for damages* brasileira? In: MAZZEI, Rodrigo Dias; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 696-719.

143 Sálvio de Figueiredo Teixeira define os referidos sistemas afirmando que: "Consolidou-se através dos séculos o sistema inglês, conhecido como *common law*, calcado no precedente judicial e nos costumes, em contrapartida ao romano, igualmente conhecido como *civil law*, calcado no direito escrito e codificado". Considerações sobre o direito norte-americano, cit., p. 113. Ainda a respeito das diferenças entre os sistemas de *common law* e de *civil law*, especialmente o norte-americano e o brasileiro, consultar importante obra de: GIDI, Antônio Carlos Oliveira. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATABANE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil* law *e* common law: uma análise de direito comparado. São Paulo: RT, 2008.

144 Nesse sentido: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Considerações sobre o direito norte-americano, cit., p. 114. No que se refere às ações coletivas, consistiam na existência de dois tribunais: um de equidade (*Equity*) e outro de direito (*Law*), sendo os primeiros mais flexíveis e os segundos, mais formais. "Superada a época colonial, [...] os tribunais de equidade continuaram a utilizar o *bill of peace* e consolidaram, assim, [...] dois elementos básicos para o futuro desenrolar das *class actions*, quais sejam: a extensão dos efeitos da sentença e a necessária concorrência de interesses comum ou coletivo". ASSAGRA, Gregório de Almeida. *Direito processual coletivo brasileiro*, cit., p. 120-121.

145 VIANA, Flávia Batista. Algumas considerações sobre as *class actions* norte-americanas, cit., p. 95.

O grande responsável pela formatação das *class actions* norte-americanas e pelos primeiros estudos sobre o tema foi o juiz da Suprema Corte Joseph Story, ao se deparar com o caso *West v. Randall* ocorrido em 1820, quando começou a questionar a necessidade de inclusão de todos os interessados no processo e, a partir dos estudos dos precedentes ingleses do *bill of peace* nos tribunais de *equity*, concluiu que não precisaria ensejar sempre o litisconsórcio necessário.[146]

Dando seguimento aos estudos sobre as *class actions*, Joseph Story publicou a obra *Equity Jurisprudence*, demonstrando ter auferido grandes conhecimentos sobre o tema e afirmando que os objetivos dos *group litigation* eram acabar com os litígios inúteis e prevenir a multiplicação de demandas.[147]

Esses estudos de Joseph Story não previam a ação coletiva passiva, e nem poderiam, pois o referido jurista havia sucumbido à filosofia individualista dominante na época, preocupando-se com os direitos dos ausentes, rejeitando assim que pudessem ser afetados pela coisa julgada, o que ficou claro com a publicação da obra *Equity Pleadings.*[148]

Em 1842, a Suprema Corte norte-americana editou um conjunto de normas de equidade, entre as quais a *Equity Rule* 48,[149] admitindo expressamente o litígio

---

146 YEAZELL, C. Stephen. *From medieval group litigation to the modern class action*, cit., p. 217.

147 Idem, ibidem, p. 218.

148 Idem, p. 218-219.

149 Confira-se o texto da *Equity Rule* 48: “Where the parties on either side are very numerous, and cannot, without manifest inconvenience and oppressive delays in the suit, be all brought before it, the court in its discretion may dispense with making all of them parties, and may proceed in the suit, having sufficient parties before it to represent all the adverse interests of the plaintiffs and the defendants in the suit properly before it. But in such cases the decree shall be without prejudice to the rights and claims of all the absent parties”. Idem, p. 221, note 20. Tradução livre da autora: “Onde as partes forem numerosas em ambos os lados, e não puderem, sem a manifesta inconveniência e opressivas demoras na demanda, figurar como parte, a corte, discricionariamente, pode dispensar a participação de todos e prosseguir com o processo, se houver pessoas suficientes para representar

de grupo, sem fazer nenhuma distinção acerca da existência da coletividade no pólo passivo ou ativo da demanda,[150] desde que adequadamente representado, primeiro importante passo para a viabilização da ação coletiva passiva, mesmo com a proibição de não-extensão da coisa julgada aos ausentes da relação processual.

A *Equity Rule* 48 foi a primeira codificação sobre a matéria e, nas palavras de Gregório Assagra de Almeida:

> [...] admitia o ajuizamento desse tipo de ação de classe, quando fosse tão numerosa a quantidade de partes, que o comparecimento de todas elas em juízo causaria sérias inconveniências, como tumulto e atraso no processo. Contudo, somente o tribunal, analisando o caso concreto, é que tinha discricionariedade para dispensar o comparecimento de todas as partes.[151]

Ocorre que essa regra, influenciada pelos estudos de Joseph Story, não permitia que os efeitos do julgado atingissem os interessados ausentes do processo, tendo em vista que apenas os participantes da relação processual estariam vinculados à decisão, não significando mudança substancial em relação ao resultado obtido com os institutos processuais tradicionais como o litisconsórcio.

Todavia, ignorando a orientação da *Equity Rule* 48, no julgamento do caso *Smith v. Swormstedt*, em 1853 a Suprema Corte norte-americana entendeu que não haveria problema em estender a coisa julgada aos ausentes da relação processual, caso estivessem adequadamente representados.[152]

---

adequadamente os interesses dos autores e dos réus. Mas, nestes casos, a decisão judicial deve ser proferida sem prejuízo para os direitos e pretensões dos ausentes".

150 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*, cit., p. 123.

151 Idem, ibidem, p. 121.

152 YEAZELL, C. Stephen. *From medieval group litigation to the modern class action*, cit., p. 221.

Vale lembrar que esse importante caso supramencionado tratava-se de uma ação duplamente coletiva, em que seis pastores da Igreja Metodista Episcopal do Sul (representando mais ou menos 1.500 pessoas) demandavam em desfavor de três pastores da Igreja Metodista Episcopal Nacional (que por sua vez representavam cerca de 3.000 pessoas), na tentativa de recuperação de uma propriedade.[153]

Na mesma esteira, em 1898 a Suprema Corte norte-americana julgou o caso *Wire Drawers' & Die Makers' Unions v. American Steel & Wire Co*.,[154] que vislumbrava outra hipótese em que a coletividade se encontrava no pólo passivo da demanda, e a coisa julgada foi estendida aos membros ausentes, o que denota a inobservância, mais uma vez, da disposição da *Equity Rule* 48 que proibia a extensão do julgado aos membros ausentes do processo.

Logo, em atenção aos julgamentos da Suprema Corte norte-americana que desobedeciam a restrição de que a coisa julgada não poderia atingir os membros ausentes da relação processual, em 1912, a *Equity Rule* 48 foi revogada pela *Equity Rule* 38,[155] que continuou a ser aplicada apenas para os casos de equidade.[156]

Essa nova regra acabou com a proibição de extensão subjetiva da coisa julgada aos ausentes do processo e estabeleceu que, onde as partes fossem muito

---

153 MAIA, Diogo Campos Medina. A ação coletiva passiva, cit., p. 335.

154 YEAZELL, C. Stephen. *From medieval group litigation to the modern class action*, cit., p. 223-224.

155 Texto da *Equity Rule* 38: "When the questions is one of common or general interest to many persons constituting a class so numerous as to make it impracticable to bring them all before the court, one or more may sue or defend for the whole". Tradução livre feita pela autora: "Quando a questão versar sobre um interesse comum ou geral de muitas pessoas, que constituem uma classe tão numerosa que torna impraticável trazer todas as pessoas para o processo, uma ou mais pessoas podem processar ou ser processados por todos". MAIA, Diogo Campos Medina. A ação coletiva passiva, cit., p. 335.

156 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional,* cit., p. 68.

numerosas para formar um litisconsórcio, algumas poderiam figurar no pólo ativo ou passivo da relação jurídica processual, em nome dos demais membros do grupo ou da classe,[157] o que significou mais um importante passo para a estruturação da ação coletiva passiva.

Entretanto, mesmo com essas alterações expressas pela nova *Equity Rule* 38, a Suprema Corte norte-americana continuou oscilando sobre a extensão dos efeitos da coisa julgada aos ausentes da relação processual,[158] e só alguns anos depois, em 1938, a matéria foi novamente reformulada entrando em vigor as *Federal Rules of Civil Procedure.*[159]

Dentre as *Federal Rules of Civil Procedure*, encontrava-se a *Rule* 23, [160] destinada a regular as *class actions*, que passavam a estar disponíveis para todo o direito e não apenas para os processos baseados na equidade, constituindo a forma mais relevante de tutelar os direitos metaindividuais.

A *Rule* 23, em sua alínea (a),[161] autorizou o uso da ação coletiva passiva ao afirmar ser possível que um ou mais membros de um grupo podem demandar ou ser demandado como representante de todos. Portanto, a utilização das ações coletivas passivas no direito norte-americano advém de expressa previsão legal.[162]

---

157 LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas*, cit., p. 152.

158 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional,* cit., p. 68-69.

159 Equivalente ao nosso Código de Processo Civil.

160 A versão atual da Regra 23 possui oito alíneas, com vários itens e subitens e pode ser encontrada no seguinte *site*: <htpp://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule23.htm>, acesso em: 8 set. 2008, bem como na obra de: GIDI, Antônio Carlos Oliveira. *A* class action *como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, cit., p. 506-509.

161 *Rule* 23. (a) "Prerequisites to a Class Action. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if".

162 KLONOFF, Robert H. *Class action and other multi-party litigation in a nutshell*. St. Paul: West Group, 1999. p. 254.

Além disso, a *Rule* 23 previa três categorias diversas de ações coletivas: *true* (puras, verdadeiras, autênticas ou genuínas), *hybrid* (híbridas) e *spurious* (espúrias).[163]

Ocorre que essa classificação tripartida das *class actions* continha uma redação tão truncada, causando tantas discussões, que em 1966 a Suprema Corte norte-americana modificou novamente a *Rule* 23.[164]

Assim, foram criados novos tipos de *class actions,*[165] o instituto da representatividade adequada obteve importância ainda maior, acabou-se com a regra do *opt in*, "que era orientada pela teoria do consentimento, no sentido de que a representação adequada, para efeitos da extensão subjetiva da coisa julgada, somente seria possível se consentida expressamente" e instalou-se a regra do *opt out*, "cujo consentimento é presumido pela falta de manifestação em sentido contrário do interessado ausente que, notificado [...] não optar pela sua exclusão do processo".[166]

---

163 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional,* cit., p. 69.

164 Confiram-se as lições de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes acerca das razões que resultaram na alteração substancial da *Rule* 23: "A grande dificuldade em efetuar a distinção entre as categorias de ações de classe, a falta de vinculação nas *spurious class action*, conhecida como 'one way intervention' e a ausência de exigência relacionadas com a aferição da predominância de questões supra-individuais sobre as peculiares, bem como superioridade e vantagem do processamento coletivo sobre o individual, passaram a ser os maiores problemas dos tribunais na aplicação da *Rule* 23, com a redação de 1938". Idem, ibidem, p. 72.

165 As espécies de *class actions* (que prescindem da satisfação dos pressupostos de admissibilidade contidos na alínea (a)) são estabelecidas pela alínea (b) e encontram-se divididos em três seções: b(1): ações de classe para compatibilidade de conduta *(incomnpatible standarts class actions*; b(2): conduta uniforme do réu; e b(3): predominância de questões comuns *(class action for damages)*, não sendo cumulativos entre si, e, no caso de b(1), reparte-se ainda em b(1)(A) e b(1)(B).

166 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*, cit., p. 122. Ainda sobre o assunto consultar: GIDI, Antônio Carlos Oliveira. *A* class action *como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, cit., p. 479.

Portanto, em 1966 a representatividade adequada foi tratada com mais intensidade, e até hoje é o requisito mais importante a ser observado no sistema norte-americano, fazendo com que a ação coletiva passiva tenha se desenvolvido naturalmente, bastando que para isso preencha os mesmos requisitos da ação coletiva ativa, a fim de que seja certificada como uma ação coletiva.

Não obstante isso, o fato é que as ações coletivas passivas atualmente são mais difíceis de ser encontradas se comparadas com as ações coletivas ativas (*plaintff class action*), e, quando utilizadas, têm maior incidência nos litígios envolvendo questões relativas a apólices, violação de patentes e direitos civis.[167]

Cumpre salientar que o texto da *Rule* 23, formulado em 1966, encontra-se basicamente mantido, com pequenas alterações nos anos de 1987, 1998 e 2003.[168]

1.6 Brasil

1.6.1 Percurso legislativo da tutela coletiva

A tutela dos direitos metaindividuais no Brasil teve como marco inicial na esfera legislativa a Consolidação das Leis Trabalhistas de 1943,[169] que conferiu aos sindicatos a legitimidade para a representação dos interesses gerais da categoria ou

---

167 KLONOFF, Robert H. *Class action and other multi-party litigation in a nutshell*, cit., p. 255.

168 GIDI, Antônio Carlos Oliveira. *A* class action *como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, cit., p. 506-509.

169 NERY JUNIOR, Nelson. A ação civil pública no processo do trabalho. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública:* Lei 7.347/1985 – 15 anos. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002. p. 602.

profissão, como a outorga de poderes representativos para celebrarem convenções coletivas de trabalho; criou a sentença normativa e a extensão da coisa julgada para além das partes do processo no dissídio coletivo (artigos 856 e seguintes).

Consoante lição de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes:

> O desenvolvimento da defesa judicial dos interesses coletivos, no Brasil, passa, numa primeira etapa, pelo surgimento de leis extravagantes e dispersas, que previam a possibilidade de certas entidades e organizações ajuizarem, em nome próprio, ações para a defesa de direitos coletivos ou individuais.[170]

Nesse diapasão, adveio a Lei 1.134, de 14 de junho de 1950, que em seu artigo 1.º possibilitava às associações de classe sem caráter político que congregassem funcionários ou empregados de empresa industrial da União, administradas ou não por elas, dos Estados, Municípios e entidades autárquicas, a faculdade de representação coletiva ou individual dos seus associados perante autoridades administrativas e o Judiciário.

No mesmo sentido foi promulgada a Lei 4.215, de 24 de abril de 1963 (antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), reconhecendo a esta instituição a representação em juízo e, fora dele, os "interesses gerais da classe dos advogados e os individuais, relacionados com o exercício da profissão".[171]

---

[170] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional,* cit., p. 191.

[171] Artigo 1.º, parágrafo único.

Entretanto, apenas com a promulgação da Lei da Ação Popular em 1965[172] é que se iniciou de fato a proteção dos interesses metaindividuas no Brasil,[173] pois, embora já houvesse previsão expressa à ação popular desde a Constituição da República em 1934, [174] o tema só ganhou amplitude com o advento da referida lei,[175] porém continuava sendo insuficiente para tutelar adequadamente os direitos metaindividuais, o que só ocorreu com a Constituição Federal de 1988.

Seguindo essa tendência de tutelar os direitos metaindividuais, e principalmente pelas influências do "movimento de acesso à justiça" da década de 70,[176] doutrinadores brasileiros começaram a se debruçar sobre o assunto, podendo-se destacar os estudos de José Carlos Barbosa Moreira, Waldemar Mariz De Oliveira Júnior e Ada Pellegrini Grinover[177] nos anos de 1977, 1978 e 1979,[178] respectivamente, o que culminou na promulgação, em 1981, da Lei da Política

---

172 Lei 4.717, de 29 de junho de 1965.

173 Nesse sentido: ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 2. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 13; e CUNHA, Alcides A. Munhoz da. Evolução das ações coletivas no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 20, n. 77, p. 227, jan.-mar. 1995; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1, p. 37.

174 Artigo 113: "Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios". É importante registrar ainda que na Constituição de 1937 a ação popular não foi cotejada, mas foi novamente alçada à categoria constitucional a partir da Constituição de 1946 até os dias atuais.

175 "A dilatação da abrangência, embora se tenha manifestado também em relação à esfera das pessoas protegidas, atingiu, principalmente, o conceito de patrimônio que, nos termos do art. 1.º, § 1.º, da Lei da Ação Popular, passou a compreender 'os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético ou histórico'". MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional,* cit., p. 192.

176 Conforme foi relatado no item 1.4.2.1.

177 ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 15. Oportuno mencionar que para Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery o primeiro jurista brasileiro a escrever sobre o tema da tutela coletiva foi Waldemar Mariz de Oliveira Júnior em 1978, em que pese exista importante obra sobre o assunto de autoria de José Carlos Barbosa Moreira datada de 1977. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*: atualizado até 15.03.2002. 6. ed., rev. São Paulo: RT, 2002. p. 1227-1228.

178 Informa ainda Marcelo Abelha que, nessa época, relevante obra estrangeira foi publicada por Vicenzo Vigoritti intitulada: *Interessi colletivi e* processo: la legitimazione ad agire, contribuindo para a compreensão de muitos institutos referentes à tutela coletiva. *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 15.

Nacional do Meio Ambiente, prevendo legitimidade ao Ministério Público para ingressar com ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente.[179] Embora não fizesse nenhuma menção às regras processuais aplicáveis a esta ação (o que fez supor serem utilizadas as regras do Código de Processo Civil brasileiro), no que concerne ao direito material denotou importante avanço.[180]

Ainda no ano de 1981, outro importante diploma legal foi promulgado, qual seja: a Lei Orgânica do Ministério Público,[181] que legitimava o *Parquet* para a promoção da ação civil pública.

Assim, na esteira de pensar e efetivar a tutela dos direitos metaindividuais, em 1982 a Associação Paulista dos Magistrados, sob a coordenação de Ada Pellegrini Grinover, se reuniu a fim de debater questões sobre a tutela coletiva, o que desaguou no convite por parte do Desembargador Weiss de Andrade, para que fosse elaborado um anteprojeto de lei referente aos temas discutidos.[182]

Desse modo, os juristas Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira aceitaram a missão, e esse foi o primeiro passo para a futura Lei da Ação Civil Pública. [183]

---

179 Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, artigo 14, § 1.º.

180 ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 15.

181 Lei Complementar 40, de 13 de dezembro de 1981, artigo 3.º, inciso III.

182 ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 15-16.

183 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 18. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 109.

Os mencionados juristas desenvolveram o anteprojeto de lei e o apresentaram no 1.º Congresso Nacional de Direito Processual em Porto Alegre no ano de 1983, ocasião em que José Carlos Barbosa Moreira, outro grande estudioso do tema, ofereceu algumas sugestões,[184] sendo posteriormente remetido ao Congresso Nacional por meio do então deputado parlamentar paulista Flávio Bierrenbach, tramitando sob o número 3.034/84.[185]

Concomitantemente, o Ministério Público paulista, representado pelos Promotores de Justiça Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Junior, também se debruçou sobre o tema da tutela dos direitos metaindividuais, e em 1983 na cidade de São Lourenço – SP, no XI Seminário Jurídico de Grupos de Estudos do Ministério Público de São Paulo, apresentou um estudo que melhorava e ampliava o anteprojeto Bierrenbach:

> [...] ampliação da incidência da proteção jurisdicional para outros interesses difusos (consumidor, patrimônio histórico, etc.), a criação do IC, instituto que acabou por ser inserido no texto constitucional (CF 129 III), o estabelecimento da ação cautelar, da competência absoluta no local do dano para a ACP, tipificação da conduta descrita na LACP 10 como crime etc.[186]

Dessa forma, como esse anteprojeto de lei apresentado pelo Ministério Público paulista era mais amplo, foi adotado pelo Ministro da Justiça Abi Ackel, tramitando de forma mais rápida[187] e anexando o anteprojeto Bierrenbach,

---

184 José Carlos Barbosa Moreira apud Hugo Nigro Mazzilli: “Além das modificações formais, a previsão do controle da medida liminar, nas ações inibitórias, nos moldes da suspensão da execução da liminar prevista para o mandado de segurança”. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 109.

185 ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 15-16.

186 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 1327.

187 Sob o n. 4.984/85 na Câmara dos Deputados e n. 20/85 no Senado Federal.

transformando-se posteriormente na Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, a conhecida e importante Lei da Ação Civil Pública.[188]

Com o advento da Lei da Ação Civil Pública no Brasil, houve um verdadeiro avanço da tutela dos direitos metaindividuais,[189] em que pese o veto ao inciso IV do artigo 1.º da referida lei, que estendia a incidência da ação civil pública a outros direitos e interesses difusos, condicionando o uso da ação civil pública apenas aos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.[190]

Assim, apesar de a Lei da Ação Civil Pública não ter sido sancionada da maneira como pensada originariamente pelos autores do anteprojeto, o fato é que representou um avanço considerável para a proteção jurisdicional dos direitos metaindividuais.[191]

---

188 "Nessa lei, indiscutivelmente, o nome *ação civil pública* foi usado em contraste com o termo *ação penal pública*, numa clara referência à ação não penal proposta pelo *parquet*." ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 16.

189 Nesse sentido, Gregório Assagra de Almeida assevera: "A partir da entrada em vigor da lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que verdadeiramente instituiu a *ação civil pública* no Brasil, operacionalizou-se no ordenamento jurídico brasileiro uma *revolução*, transformando-se de ordenamento de tutela jurisdicional de direito individual, para ordenamento de tutela jurisdicional também de direitos e interesses massificados". *Direito processual coletivo brasileiro*, cit., p. 265.

190 Todavia, é bom lembrar que essa situação não perdurou por muito tempo, pois com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, o uso da ação civil pública foi estendido a "qualquer outro interesse difuso ou coletivo".

191 Sob esse prisma, Alcidez A. Munhoz da Cunha afirma que a Lei da Ação Civil Pública denotou significativos avanços para tutela coletiva: "Subjetivamente, imprimiu-se maior garantia à proteção de interesses metaindividuais, porque se conferiu legitimidade ativa para o exercício destas ações ao Ministério Público, uma instituição autônoma e cercada de garantias constitucionais, a entes públicos (União, Estados, Distrito Federal, Municípios e autarquias) ou paraestatais e, enfim, as Associações que tivessem entre seus fins institucionais a proteção de interesses metaindividuais. [...] Objetivamente, a lei da ação civil pública ampliou o âmbito de tutela dos interesses metaindividuais, prevendo o seu cabimento para a proteção do patrimônio público (que aliás já podia ser preservado através de ação popular, embora com aquela insuficiência subjetiva) e, mais, para a proteção do meio ambiente, consumidores, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico". Evolução das ações coletivas no Brasil, cit., p. 227.

Outro importante passo para a efetivação da tutela coletiva ocorreu com a redemocratização do Brasil após a promulgação da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988,[192] que, revelando os valores sociais e as necessidades advindas com a sociedade massificada, elevou à categoria constitucional a defesa dos direitos metaindividuais em alguns artigos:[193]

– Artigo 5.º, inciso XXI, confere legitimidade às entidades associativas, desde que expressamente autorizadas, a representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

– Artigo 5.º, inciso XXXV, possibilitou a garantia do acesso à justiça a todos os tipos de direitos e interesses, sejam eles individuais ou coletivos;

– Artigo 5.º, inciso LXX, instituiu a legitimação coletiva para a impetração de mandado de segurança coletivo;

– Artigo 5.º, inciso LXXI, prevê o mandado de injunção;

– Artigo 5.º, inciso LXXIII, a ampliação do objeto da ação popular ocorrida com a Lei 4.717/65, foi incorporada ao texto constitucional;

– Artigo 8.º, inciso III, à semelhança do artigo 5.º, inciso XXI, estabelece que cabe aos sindicatos “a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, até mesmo em questões judiciais ou administrativas”;

---

[192] Por isso mesmo denominada como a “Constituição cidadã”. A respeito da importância da Constituição Federal de 1988 para o processo coletivo, consultar: ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo:* superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

[193] Sobre o assunto consultar: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988, cit.

– Artigo 129, inciso III, outorgou dignidade constitucional ao inquérito civil e à ação civil pública, conferindo legitimidade ao órgão ministerial para que as proponha, além de estender o uso da referida ação a “outros interesses difusos e coletivos”;

– Artigo 129, § 1.º, legitimou o Ministério Público a utilizar a ação civil pública para a defesa de qualquer interesse metaindividual, não impedindo a legitimidade de entes públicos, paraestatais e associações, como já havia sido previsto na Lei da Ação Civil Pública;

– Artigo 48 do Ato das Disposições Transitórias que determinou a elaboração de um Código de Defesa do Consumidor no prazo de cento e vinte dias contados da promulgação da Constituição Federal, o que não aconteceu, já que referido diploma legal só foi promulgado em 1990.

Além de todos esses artigos pode-se vislumbrar a latente preocupação com o direito do consumidor (artigo 5.º, inciso XXXII; artigo 150, § 5.º; artigo 170, inciso V), o direito ambiental (artigo 225) e o direito da criança e do adolescente e do idoso (artigos 226 a 230), ao dedicar vários artigos para o assunto.

Portanto, como se pode observar, a Constituição Federal representou um grande marco para a tutela coletiva brasileira.[194]

---

[194] Gregório Assagra de Almeida chega a afirmar que, “[...] a partir da atual Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, que se pode falar em direito processual coletivo comum brasileiro como novo ramo do direito processual”. Fazendo alusão a sua tese de que hodiernamente pode-se falar que no ordenamento jurídico brasileiro, o direito processual coletivo já alcançou o patamar de ciência autônoma independente do direito processual civil, pensamento com o qual concordamos. *Direito processual coletivo brasileiro*, cit., p. 266. Ainda no mesmo sentido: CALDEIRA, Adriano. *Aspectos processuais das demandas coletivas*. São Paulo: Rideel, 2006. p. 17-26, passim.

Posteriormente outras leis também continuaram tratando do tema: a Lei 7.797, de 10 de julho de 1989, criou o Fundo Nacional de Meio Ambiente; Lei 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispondo sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência física e sua integração social, instituindo também a tutela jurisdicional sobre seus interesses difusos e coletivos; Lei 7.913, de 7 de dezembro de 1989, versando sobre a ação civil pública para evitar danos aos investidores de mercado de valores imobiliários; Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, estabelecendo a proteção judicial aos interesses da criança e do adolescente.

Contudo, a grande consagração da proteção jurisdicional dos direitos metaindividuais só ocorreu com a Lei 8.078, em 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.[195]

O Código de Defesa do Consumidor, cuja inspiração adveio das *class actions* norte-americanas, do *Code de la Consommation* francês, das leis gerais da Espanha, Portugal, México e Quebec,[196] além de prever a defesa individual do consumidor e dispor sobre o direito material do consumidor, em seu Título III estabelece as normas de direito processual, conceitua os direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (esse último de maneira inédita)[197] e possibilita o uso da ação civil pública para a defesa de qualquer dessas espécies de direito.[198]

---

[195] A respeito da elaboração do Código de Defesa do Consumidor consultar os comentários tecidos por Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim in: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 1-6.

[196] GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIM, e Antônio Herman de Vasconcelos in: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 10.

[197] É importante dizer que os direitos e interesses individuais homogêneos já existiam antes mesmo da Lei 8.078/90, e estes só foram conceituados e delimitados com o advento dessa lei.

[198] Artigo 83. “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.”

1.6.2 Conceituação

Quanto à definição legal dos direitos e interesses metaindividuais, embora não seja papel do legislador conceituar institutos,[199] isso ocorreu com o fito de fazer cessar a intensa polêmica que existia acerca do alcance dessa nova categoria de direitos. Portanto, qualquer outra conceituação, que não a legal, deve ser entendida como uma sugestão *de lege ferenda.*[200] Confira-se o dispositivo legal:

> Artigo 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
>
> Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
>
> I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
>
> II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
>
> III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Outra polêmica que também perdeu o objeto envolve as expressões “direito” e “interesse”, pois, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a nosso ver, elas foram utilizadas indistintamente a fim de que não restem lacunas caso se opte por uma ou outra.[201] E é por isso que neste trabalho as expressões serão usadas indistintamente com o mesmo significado teleológico.

---

199 Nesse sentido: VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 80.

200 Com essa interpretação: ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. ref., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008. p. 47; PIZZOL, Patricia Miranda. *Coisa julgada nas ações coletivas*. Disponível em: <htpp://www.pucsp.br/tutelacoletiva/dowload/artigo_patricia.pdf>. Acesso em: 22 out. 2008.

201 Com a mesma posição: ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 33; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*,

Não obstante, é bom que se diga que a rigor as expressões "direito" e "interesse" não são sinônimas, visto que a primeira revela um interesse juridicamente protegido, ou seja, possui menor abrangência que a segunda, fato esse que também foi observado pelo Código de Defesa do Consumidor ao fazer uso dessas expressões aliadas à conjunção alternativa "ou"; assim, o que se objetivou com isso foi alargar o espectro de incidência da lei, a fim de que não reste direito ou interesse desprotegido.[202]

Discorrendo a respeito da diferença entre as expressões direito e interesse, Carine Valeriano Damascena e Regina Vera Villas Boas explicam que:

> [...] o interesse é a relação de desejo ou de necessidade que o homem estabelece com algum bem da vida e por isso é infinito, varia de acordo com os ideais individuais ou coletivos, enquanto que o direito é a incorporação do interesse ao sistema jurídico; é a seleção dos interesses, determinando-se quais devem passar a integrar o ordenamento jurídico.[203]

Ultrapassadas essas discussões preliminares que envolvem a conceituação dos direitos e interesses metaindividuais, cumpre destrinchar o conceito legal das expressões "difuso", "coletivo *stricto sensu*" e "individual homogêneo", que inexiste

---

cit., p. 1327; NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*: com exercícios. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 688; PIZZOL, Patricia Miranda. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça, cit., p. 93; VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*, cit.; WATANABE, Kazuo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.* 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 800. Preferindo a expressão "direitos": DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil* – processo coletivo. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 4, p. 85-91, embora reconheça que a discussão é inócua; GIDI, Antônio Carlos Oliveira. *Coisa julgada e litispendência*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 17-18. De outra banda, preferindo a expressão "interesse": LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 85; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do consumidor em juízo*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 29 e 31, embora reconheça que a questão perdeu relevância; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*, cit., p. 60.

202 Importantes anotações sobre as diferentes acepções do vocábulo "interesse" foram observadas por: ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Manual de direito processual civil*, cit., p. 40-57.

203 DAMASCENA, Carine Valeriano; VILLAS BOAS, Regina Vera. Aspectos relevantes da história dos direitos difusos e coletivos, cit., p. 106.

nos países de *comomn law*, tendo em vista que as expressões “direitos difusos” e “direitos individuais homogêneos” não são utilizadas, o que não implica concluir que referidas categorias não existam, pois a noção de difuso e individual homogêneo está embutida nas *class actions* do tipo b (1) e b (2).[204]

Uma primeira classificação que pode ser feita é dividir os direitos metaindividuais em dois grandes grupos: os direitos coletivos *lato sensu*, envolvendo os direitos difusos e os coletivos *stricto sensu*, também chamados de “essencialmente coletivo”; e os direitos individuais homogêneos, também denominados de “acidentalmente coletivos”, que, embora possuam natureza eminentemente individual, sua tutela se dá na forma coletiva[205] para garantir a efetividade do direito material, a economia processual,[206] desafogar o Judiciário, facilitar o acesso à justiça e salvaguardar o princípio da igualdade da lei na medida em que resolve molecularmente causas repetitivas.[207]

1.6.2.1 Direitos e interesses difusos

Da conceituação legal de direitos e interesses difusos pode-se extrair que sua nota característica é a indivisibilidade do objeto, a indeterminabilidade dos seus titulares[208] e a inexistência da relação jurídica base entre eles.

---

[204] MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de* civil law *e* common law: uma análise de direito comparado. São Paulo: RT, 2008. p. 267-271.

[205] Expressões consagradas por BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988, cit., p. 187-188. Adotando a mesma classificação: GRINOVER, Ada Pellegrini. La difesa degli interessi transindividuali: Brasil e Iberoamerica. In: LANFRANCHI, Lucio (A cura di). *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*. Torino: G. Giappichelli, 2003. p. 157.

[206] Nesse sentido ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 44.

[207] Com essa linha de raciocínio: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional,* cit., p. 221.

[208] Quanto a esta característica especificamente, Cesare Massimo Bianca afirma que “para se entender a idéia dos interesses difusos não basta referir-se a uma pluralidade de sujeitos, deve-se demonstrar que se trata de uma coletividade de composição indeterminada, ou seja, de uma generalidade de sujeitos”. Tradução livre feita pela autora. No original: “A cogliere l’idea degli interessi diffusi non basta tuttavia il riferimento ad uma plutalitá do soggetti. Ocorre specificare che deve trattarisi di uma

Foi observando essas características que Kazuo Watanabe afirmou que os direitos difusos podem ser caracterizados de acordo com dois aspectos: um objetivo, que se refere à "indivisibilidade do bem jurídico", e outro subjetivo, fazendo menção à "indeterminação dos titulares e inexistência entre eles de relação jurídica base",[209] divisão com a qual concordamos.

Ainda no que se refere aos direitos e interesses difusos, Hugo Nigro Mazzilli faz uma observação importante ao sustentar que:

> Não são, pois, os interesses difusos mera subespécie de interesse público. Embora em muitos casos possa até coincidir os interesses de um grupo indeterminável de pessoas com o interesse do Estado ou o interesse da sociedade como um todo (como o interesse ao meio ambiente sadio), a verdade é que nem todos os interesses difusos são compartilhados pela coletividade ou comungados pelo Estado.[210]

Essa diferenciação é de suma relevância posto existir a tendência em confundir interesse público com interesse difuso, o que nem sempre ocorre como foi visto acima.

1.6.2.2 Direitos e interesses coletivos stricto sensu

Quanto à conceituação dos direitos e interesses coletivos *stricto sensu*, o que os caracteriza é a indivisibilidade do objeto, a determinabilidade dos seus

---

collettività a composizione indeterminata, ossia di uma generalità do soggetti". Note sugli interessi diffusi. In: LANFRANCHI, Lucio (A cura di). *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*. Torino: G. Giappichelli, 2003. p. 67.

[209] In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado*, cit., p. 801. No mesmo sentido: PIZZOL, Patricia Miranda. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça, cit., p. 94; ALVIM, Eduardo Arruda. Apontamentos sobre o processo das ações coletivas. In: MAZZEI, Rodrigo Dias; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 28.

[210] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 51.

titulares (aqueles pertencentes a um grupo, categoria ou classe)[211] e o fato de estarem ligados entre si por uma relação jurídica base.

Portanto, o que distingue os interesses coletivos *stricto sensu* dos interesses difusos é a determinação das pessoas e a existência de vínculo entre elas, dado que em ambos os casos o objeto é indivisível. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou:

> 3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. *A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos*[212] (grifos nossos).

Marcelo Abelha Rodrigues vai mais além e diz que a diferenciação entre essas categorias de interesses atinge a esfera "ontológica", no sentido de que, enquanto o interesse coletivo *stricto sensu* "está diretamente ligado ao atendimento de um interesse privado de uma coletividade", o interesse difuso, por sua vez, "possui uma veia pública, não exclusiva, heterogênea (por causa da dispersão) e plural".[213]

A constatação dessa diferenciação é de extrema relevância, pois possui implicações de ordem prática, visto que os efeitos da coisa julgada se processarão de modo diverso. A sentença proferida no caso de interesses difusos terá abrangência

---

[211] Carmine Punzi assinala que, no tocante aos interesses coletivos, o legislador atribuiu relevância a alguns grupos organizados, como uma associação, um sindicato, um partido ou uma ordem profissional. Tradução livre da autora. No original: "L'interesse collettivo [...] riguarda sempre gruppi organizzati, ai quali normalmente il legislatore annete rilevanza: ad esempio un'associazione, um sindicato, um partito o un ordine professionale". La tutela giudiziale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi. In: LANFRANCHI, Lucio (A cura di). *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*. Torino: G. Giappichelli, 2003. p. 18.

[212] STF, Tribunal Pleno, REsp 163.231/SP, Relator Ministro Maurício Corrêa, *DJ* 29.06.2001, p. 55.

[213] ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Manual de direito processual civil*, cit., p. 50.

erga omnes, enquanto a sentença que cuida de interesses coletivos *ultra partes*, isto é, limita-s]e ao grupo, categoria ou classe.

1.6.2.2 Direitos e interesses individuais homogêneos

Por fim, cumpre ainda desmembrar o conceito legal dos direitos e interesses individuais homogêneos, segundo o qual duas são as características dessa categoria: a homogeneidade e a origem comum.[214]

Por homogeneidade entende-se que deve haver uma pluralidade de pessoas, de modo que se torne inviável a formação de um litisconsórcio.

E quanto à origem comum Kazuo Watanabe sustenta que ela poderá "ser de fato ou de direito, e a expressão não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal",[215] decorrendo daí a homogeneidade.

Abarcando essas duas concepções, Teori Albino Zavascki define os direitos individuais homogêneos como: "[...] *direitos subjetivos pertencentes a titulares diversos*, mas oriundos da mesma causa fática ou jurídica, o que lhes confere grau de afinidade suficiente para permitir a sua tutela jurisdicional de forma conjunta".

Doutrinariamente, outras características são apontadas para verificar a ocorrência de um direito ou interesse individual homogêneo. Para Patricia Miranda Pizzol,[216] por exemplo, subjetivamente caracterizam-se pela determinabilidade dos titulares, além da origem comum, e objetivamente pela divisibilidade do objeto, definição precisa com a qual comungamos.

---

[214] Alguns autores mencionam tão-somente a origem comum para caracterizar os direitos individuais homogêneos. Com esse entendimento confira-se: ALVIM, Eduardo Arruda. Apontamentos sobre o processo das ações coletivas, cit., p. 31.

[215] In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado*, cit., p. 806.

[216] A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça, cit., p. 94.

Já Marcelo Abelha Rodrigues entende que, além da origem comum, é preciso que se observe "uma dimensão social que justifique a categorização dos interesses como individuais homogêneos".[217] Esse requisito, aliado aos demais mencionados pelo conceito legal, é de suma importância para obstar que o Ministério Público assuma ações de cunho individual homogêneo, mas que materialmente versem sobre direitos disponíveis.

Outra ponderação é feita por Ada Pellegrini Grinover[218] no sentido de que, para a ocorrência dos direitos e interesses individuais homogêneos, é preciso haver uma prevalência das questões comuns sobre as individuais, pois, inexistindo a prevalência dos aspectos coletivos, os direitos são heterogêneos e a tutela coletiva não pode ser admitida por falta de possibilidade jurídica do pedido.

Além disso, continua a referida autora aduzindo que a via coletiva deve ser superior à individual, sob pena de se caracterizar a falta de interesse processual por inadequação e inutilidade do meio processual, como acontece nas *class actions* norte-americanas na Regra 23 (b) (3).[219-220]

Entretanto, em que pese o brilhantismo do raciocínio desenvolvido, não nos parece ser esse o melhor entendimento, pois no direito brasileiro não há nenhuma

---

[217] ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 47.

[218] *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado*, cit., p. 863-867, passim. Com o mesmo entendimento: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional,* cit., p. 221; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 12.

[219] "(b) Class actions Maintainable. An action may be maintained as a class action if the prerequisites of subdivision (a) are satisfied, and in addition: (3) the court finds that questions of law or fact common to the members of the class predominance over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy." YEAZELL, C. Stephen. *From medieval group litigation to the modern class action*, cit., p. 292. Tradução livre feita pela autora: "(b) Hipóteses de cabimento. Uma ação pode ser mantida como ação coletiva se os requisitos da subdivisão (a) forem satisfeitos, e: (3) o juiz considerar que as questões de direito ou de fato comuns aos membros do grupo predominam sobre qualquer questão individual e que a ação coletiva é superior a outros métodos disponíveis para o justo e eficiente julgamento da controvérsia".

[220] Para maiores esclarecimentos sobre o assunto consultar: VIANA, Flávia Batista. Algumas considerações sobre as *class actions* norte-americanas, p. 101-104.

referência acerca da predominância das questões comuns sobre as individuais, tampouco na questão da superioridade da tutela coletiva.[221]

Portanto, a ação coletiva prevista nos artigos 91 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor não possui o mesmo objeto daquele disposto nas *class actions* norte-americanas do tipo b (3), visto que estas substituem as ações individuais, sendo consideradas uma via principal, pois a coisa julgada alcança a todos, independentemente do resultado, salvo para aqueles que optaram por sua exclusão. Por outro lado, as ações coletivas brasileiras foram criadas como uma via alternativa para a defesa dos indivíduos, servindo tão-somente para beneficiá-los.

Interessante observar que o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América em seu artigo 2.º, parágrafo 1.º,[222] bem como o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos coordenado por Ada Pellegrini Grinover em seu artigo 26, parágrafo 1.º,[223] prevêem a necessidade de que exista a predominância de questões comuns sobre as individuais, bem como que a via coletiva seja útil.

No que se refere às categorias de direitos e interesses, embora seja fácil visualizar suas diferenças no plano conceitual, a prática não impõe a mesma clareza, sendo muito comum que se tente classificar o direito de acordo com a matéria em questão, o que é um equívoco;[224] ou mesmo tentar relacionar o direito coletivo à pessoa ou quantidade delas, isto é, não se pode afirmar que a demanda

---

221 No mesmo diapasão: PIZZOL, Patricia Miranda. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça, cit., p. 94.

222 Artigo 2.º, § 1.º "Para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, além dos requisitos indicados nos n. I e II deste artigo, é também necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto."

223 Artigo 26, § 1.º "Para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, além dos requisitos indicados no artigo 19 deste Código, é necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto."

224 É recorrente a afirmação de que o "meio ambiente é direito difuso, consumidor é coletivo etc.". NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004. p. 159. (Coleção Estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, v. 21.) Em sentido similar, Marcelo Abelha Rodrigues explica que, tratando-se de direitos coletivos *stricto sensu* "não é o vínculo associativista (necessidades comuns traduzidas num ente representativo) que faz com que o direito seja coletivo, mas sim o seu objeto". *Manual de direito processual civil*, cit., p. 49.

é coletiva simplesmente pelo fato de existirem vários sujeitos integrando o mesmo pólo da ação,[225] ou porque uma associação ou o Ministério Público são os autores de determinada demanda.

Corroborando a afirmação supracitada de que no caso concreto a diferenciação entre as categorias de direito e interesses é uma tarefa que exige muita atenção, está o clássico exemplo do caso *Bateau Mouche* explicitado por Nelson Nery Junior, e em razão de sua clareza e didática vale a pena transcrever:

> O acidente com o *Bateau Mouche* IV, que teve lugar no Rio de Janeiro no final de 1988, poderia abrir oportunidade para propositura de ação individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de indenização em favor de todas as vítimas ajuizada por entidade associativa (direito individual homogêneo), ação de obrigação de fazer movida por associação das empresas de turismo que têm interesse na manutenção da boa imagem desse setor da economia (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo Ministério Público, em favor da vida de segurança das pessoas, para que seja interditada a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes (direito difuso).[226]

Logo, o que caracteriza se a ação destina-se à tutela de direitos ou interesses difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos, é a pretensão deduzida em juízo, ou seja, o pedido formulado pelo autor.[227] Vale lembrar ainda que a ação coletiva pode conter pedidos cumulados e são cabíveis quaisquer espécies de ação.[228]

---

225 O que poderia representar a figura processual do litisconsórcio previsto no artigo 46 do Código de Processo Civil, cuja natureza é da ordem do direito processual individual e não do direito processual coletivo, denotando uma mera cumulação de demandas individuais, que inclusive podem ser limitadas a critério do magistrado.

226 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 160.

227 Sob a mesma ótica: NERY JUNIOR, Nelson. Ibidem, p. 159; WATANABE, Kazuo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, cit., p. 807-808; PIZZOL, Patricia Miranda. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça, cit., p. 94.

228 Artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor. “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por esse Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.”

Importante que se diga também que o fato de um mesmo objeto gerar dois tipos de direito ou pretensão não lhes retira a característica marcante da indivisibilidade do objeto, tratando-se de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*.

No mesmo diapasão, muito bem exemplifica Luiz Antônio Rizzato Nunes, ao afirmar que: "[...] se um anúncio enganoso atingir um consumidor em particular, esse direito individual identificado não altera em nada a natureza indivisível do fato objetivo do anúncio".[229]

Dessa forma, ainda que um fato alcance a esfera individual, não perderá sua essência de objeto indivisível.

1.6.3 O microssistema

Como é sabido, o Direito, como ciência jurídica que é, sofre fortes influências da sociedade, e de outro modo não poderia ser, já que seu fim último é garantir a paz social.

Na esteira da evolução da sociedade o direito também sofre mutações para se adequar às novas exigências sociais, sendo que, hodiernamente, o dogma da tutela individual vem cedendo espaço para as necessidades da tutela de massa, tendo em vista a ascensão da denominada sociedade de massas.

---

[229] NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. As ações coletivas e as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo. In: MAZZEI, Rodrigo Dias; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 88.

Nesse cenário, a era dos “Códigos oitocentistas”,[230] que pretendiam regular por completo todas as situações, estão demonstrando sua fragilidade, posto não conseguirem, o que de fato é praticamente impossível, vislumbrar todas as relações jurídicas, seja em seu aspecto material, seja em seu aspecto processual.

Assim, vêm ganhando corpo no mundo jurídico e cada vez mais relevância os denominados “microssistemas”, que, consoante lição de Rodrigo Mazzei, constituem em: “[...] leis especiais ou extravagantes para a regulação de determinadas relações jurídicas que, por sua especificidade e regência própria de princípios, não encontram guarida no ventre das normas gerais”.[231]

O Código de Defesa do Consumidor, acompanhando o desenvolver dos acontecimentos fático-jurídicos, previu expressamente em seu artigo 89[232] a possibilidade de extensão dos dispositivos no Título III do referido Código a todas as ações que tutelassem direitos difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos.

Ocorre que esse artigo foi vetado e, no entanto, tal iniciativa restou ineficaz em razão dos artigos 110 e 117 do Título IV, que por alteração da Lei da Ação Civil Pública reafirmaram a mesma solução de alargamento.

É por essa razão que se pode afirmar que, não obstante o veto presidencial ao artigo 89, com o advento do Código de Defesa do Consumidor ficou consagrado

---

230 Expressão cunhada por: MAZZEI, Rodrigo. Ação popular e o microssistema da tutela coletiva. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; MOUTA José Henrique (Coord.). *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 375.

231 MAZZEI, Rodrigo. Ação popular e o microssistema da tutela coletiva, p. 376.

232 Artigo 89. “As normas deste Título III aplicam-se, no que for cabível, a outros direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, tratados coletivamente.”

em seus artigos 90,[233] 110 e 117 e artigo 21 Lei da Ação Civil Pública[234] o princípio da perfeita interação entre essas leis,[235] o que significa dizer que as regras processuais de um podem ser aplicadas ao outro indistintamente, formando o que a doutrina de escol denomina por "microssistema de tutela coletiva" ou "jurisdição civil coletiva".[236]

Dessa feita, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei da Ação Civil Pública e a Constituição Federal formam o eixo central do denominado microssistema de tutela coletiva,[237-238-239] estabelecendo uma verdadeira interação entre esses diplomas, restando apenas uma aplicação subsidiária ao Código de Processo Civil.

---

233 Artigo 90. "Aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições."

234 Artigo 21. "Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei 8.078/90 que instituiu o Código de Defesa do Consumidor."

235 PIZZOL, Patricia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 570-571. (Coleção Estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, v. 55.); NERY JÚNIOR, Nelson. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado*, cit., p. 993-999, passim. WATANABE, Kazuo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, cit., p. 792; GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Tutela de interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 21. (Coleção Sinopses jurídicas, v. 26.); MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional,* cit., p. 198; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do consumidor em juízo*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 2; ALVIM, Eduardo Arruda. Apontamentos sobre o processo das ações coletivas, cit., p. 60, afirmando existir "uma verdadeira simbiose entre as regras do processo coletivo".

236 ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 18; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*, cit., p. 266; DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 45-53; FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 5. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 312.

237 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*, cit., p. 266; PIZZOL, Patricia Miranda. Liquidação nas ações coletivas. São Paulo: Lejus, 1998. p. 143.

238 Para Rodrigo Mazzei, além do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública, a Lei da Ação Popular também integra a base fundamental do microssistema de tutela coletiva. Ação popular e o microssistema da tutela coletiva, cit., p. 384.

239 Antônio Carlos Oliveira Gidi afirma que a perfeita interação entre estas leis "[...] seria, por assim dizer, um Código de Processo Civil Coletivo". *Coisa julgada e litispendência*, cit., p. 77.

Portanto, como foi mencionado alhures, esse microssistema de tutela coletiva é aplicável não apenas às relações de consumo, mas a todas as situações envolvendo quaisquer interesses metaindividuais, consubstanciando o que a doutrina costuma denominar de "direito processual coletivo".[240] No tocante à aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, isso significa dizer que primeiro se deve buscar solução para as questões relacionadas à tutela coletiva nos diplomas legais que integram o microssistema de tutela coletiva, e apenas na ausência de regulação deste é que se deve socorrer do Código de Processo Civil, visto que este é de natureza eminentemente individual, portanto incompatível com os auspícios do processo coletivo.

Vale lembrar que se deve respeitar o princípio da especialidade, ou seja, sempre que houver alguma lei que trate de maneira mais detalhada determinado assunto, esta deve prevalecer em relação às demais.

A respeito do microssistema de tutela coletiva, Rodrigo Mazzei aponta uma diferença em relação aos demais microssistemas, tendo em vista que esse fenômeno também ocorre em outras esferas jurídicas, por exemplo, o microssistema penal e o civil,[241] ao afirmar que:

> [...] sua formação marcada pela reunião intercomunicante de vários diplomas, diferenciando-se da maioria dos microssistemas que, em regra, têm formação enraizada em apenas uma norma especial, recebendo por tal situação razoável influência de normas gerais. Por

---

[240] Nesse sentido: ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Manual de direito processual civil*, cit.; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*, cit., 2003; DIDIER JÚNIOR, Fredie, ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil,* cit. GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*, cit.; GRINOVER. Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

[241] DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil,* cit., p. 45.

> exemplo, a Lei n° 8.245/91 (exemplo de lei extravagante nas relações entre o locador e inquilino de imóveis) possui diálogo com o Código Civil, o Código de Processo Civil e, obviamente, a Constituição Federal. No entanto, sua interação com outros diplomas especiais ou extravagantes é muito reduzida, somente ocorrendo em situações pontuais.[242]

Também integram o microssistema de tutela coletiva outras leis que estabelecem ou instituem variados tipos de ações coletivas ou regras processuais, tais como: a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei do Mandado de Segurança, a Lei do *Habeas Data*, a Lei do Mandado de Injunção, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto da Cidade, o Estatuto do Idoso.[243]

Assim, de modo conciso, Marcelo Abelha Rodrigues define em que constitui o microssistema de tutela coletiva ou a jurisdição civil coletiva: "[...] um conjunto de técnicas processuais, com alto valor axiológico, destinado à justa e efetiva tutela dos conflitos de interesses envolvendo direitos coletivos *lato sensu*".[244]

É importante assinalar ainda que a existência de um microssistema de tutela coletiva não constitui apenas debate acadêmico, posto que o próprio Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de sua existência em reiterados votos. Confira-se o voto do Ministro Luiz Fux:

---

242 MAZZEI, Rodrigo. Ação popular e o microssistema da tutela coletiva, cit., p. 382.

243 Para Gregório Assagra de Almeida essas leis supracitadas compõem o denominado "direito processual coletivo comum", pois pare esse autor o direito processual coletivo está dividido em: direito processual coletivo comum, cujo objetivo é garantir a tutela dos direitos e interesses coletivos *lato sensu*; e direito processual coletivo especial que está destinado ao controle concentrado da constitucionalidade. Nesse último grupo estão incluídas a ação direta de inconstitucionalidade por ação, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a ação direta de constitucionalidade, a argüição de descumprimento de preceito fundamental e o controle concentrado de constitucionalidade pelos Estados e pelo Distrito Federal. *Direito processual coletivo brasileiro*, cit., p. 157-333, passim.

244 ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Processo civil ambiental*. São Paulo: RT, 2008. p. 66.

> A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõe um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se [...].[245]

Além disso, o princípio da perfeita interação entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública põe fim à discussão doutrinária (que para alguns consiste em verdadeira impropriedade técnica)[246] existente acerca da diferenciação ou não entre as expressões "ação civil pública" e "ação coletiva",[247] posto integrarem um único sistema, podendo ser usadas conjuntamente, considerando que o objetivo de ambas é possibilitar a tutela coletiva.

De todo modo, a expressão mais adequada para se referir à tutela coletiva é "ação coletiva", [248] por possuir acepção mais abrangente. Entretanto, o debate existe por razões históricas, visto que a denominação "ação civil pública" foi usada originariamente para contrapor-se à expressão "ação penal pública", posto que o Ministério Público possuía legitimidade para essa última ação, e com o advento da Lei 7.347/85 o órgão ministerial conquistou legitimidade para propor ações em defesa dos direitos metaindividuais.[249]

---

[245] STJ, 1.ª Turma, REsp 510.150/MA, Relator Ministro Luiz Fux, j. 17.02.2004, *DJU* 29.03.2004, p. 173.

[246] SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos*: Estatuto da criança e do adolescente, consumidor, meio ambiente, improbidade administrativa, ação civil pública e inquérito civil. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 112. (Série Fundamentos jurídicos.)

[247] Sob a mesma ótica, José Marcelo Menezes Vigliar ainda aponta que as expressões "ação civil coletiva" e "ação ideológica" também são sinônimas das expressões "ação civil pública" e "ação coletiva", pois todas se referem ao mesmo "fenômeno". *Interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Curso Preparatório para Concurso, 2004. p. 62.

[248] Afirmando que inexiste diferença entre ação civil pública e ação coletiva, mas preferindo esta última expressão: VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 53.

[249] Em sentido similar: MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 356.

Contudo, considerando essa explicação histórica, Hugo Nigro Mazzilli[250] entende que, doutrinariamente, a expressão "ação civil pública" deve ser empregada quando o autor é o Ministério Público, e "ação coletiva" quando a autoria cabe às associações civis.

Sérgio Seiji Shimura,[251] por sua vez, aduz que a expressão "ação coletiva" constitui um gênero do qual decorrem todas as demais espécies que tutelam os direitos metaindividuais, não desconhecendo, no entanto, as particularidades de cada ação, mas concluindo que todas estão imbuídas do mesmo objetivo, qual seja: garantir e efetivar a tutela coletiva.

O que se observa com o uso da expressão "ação coletiva" é que ela serve para diferenciar de imediato da expressão "ação individual", e que por isso mesmo, apesar de aproveitar toda a disposição da Teoria Geral do Processo Civil, rege-se consoante as particularidades do microssistema das ações coletivas.

Data maxima venia às opiniões em sentido contrário, para efeitos práticos, resta inócua a discussão doutrinária entre as denominações "ação civil pública" e "ação coletiva",[252] em razão da perfeita interação existente entre a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor,[253] sendo, portanto, consideradas expressões sinônimas.

---

250 *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 70.

251 O papel da associação na ação civil pública. In: MAZZEI, Rodrigo Dias; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 151-152, passim.

252 Comungando desse entendimento: LEAL, Mafra Márcio Flávio. *Ações coletivas*: história, teoria e prática, cit., p. 188.

253 Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery mencionam alguns exemplos de regras da Lei da Ação Civil Pública que podem ser aproveitadas pelo Código de Defesa do Consumidor: "a) dar efeito apenas devolutivo a recurso de apelação ou efeito suspensivo a agravo de instrumento (LACP 14); b) pode ser cumulado pedido de liminar na petição inicial da ação individual ou coletiva do consumidor (LACP 12); c) a pessoa jurídica de direito público interessada pode pedir a suspensão

Além disso, como lembra Sérgio Seiji Shimura,[254] a tutela coletiva não possui apenas respaldo no Poder Judiciário, pois a própria sociedade civil, por intermédio das associações de classe e fundações privadas, por exemplo, podem exigir a implementação de políticas públicas para a realização de direitos metaindividuais.

Esse também é o caso das pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos,[255] que tenham como um de seus objetivos sociais a promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável, objetivos estes que se incluem na categoria de direitos metaindividuais.

Outro fator que robustece a tutela coletiva é a esfera administrativa, visto que alguns órgãos como o Procon[256] e o Conselho Tutelar,[257] ao exercerem seu papel de fiscalização, prevenção e aplicação de sanções, colaboram para que as políticas públicas sejam realizadas, o que em última instância significa a proteção dos direitos metaindividuais.

1.6.4 Os ataques do Poder Executivo

Há que ressaltar que no caminho legislativo percorrido pela tutela coletiva outras leis importantes foram promulgadas após o advento do Código de Defesa

---

da liminar concedida em ação de consumo (LACP 12, § 1.º.)". *Leis civis comentadas:* atualizado até 20 de julho de 2006. São Paulo: RT, 2006. p. 254.

254 O papel da associação na ação civil pública, cit., p. 149.

255 Classificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip), previstas na Lei 9.790/99.

256 No Estado de São Paulo a regulamentação do Procon encontra previsão na Lei 9.192/95.

257 Artigo 131 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente.

do Consumidor, por exemplo: em 1993, a Lei 8.625, de 12 de fevereiro, e a Lei Complementar 75, de 20 de maio, ambas referindo-se à organização do Ministério Público.

Todavia, o percurso legislativo da tutela coletiva não foi apenas de vitórias, houve alguns percalços, principalmente no que concerne ao alcance da coisa julgada proveniente de ações coletivas ajuizadas contra atos do Poder Público, por ser justamente o campo em que as ações coletivas vinham ganhando mais força.

Nesse sentido, foi editada a Lei 8.437, de 30 de junho de 1992, estabelecendo a necessidade prévia de audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público para a apreciação de requerimento de liminar no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública; e a Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, [258] para conter os efeitos da coisa julgada, restringindo a eficácia territorial da sentença proferida em ação civil pública, importando em nova redação para o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública.[259]

Essa última lei que limita territorialmente o âmbito de incidência da sentença proferida em ação civil pública tem gerado muitas controvérsias doutrinárias, existindo até mesmo aqueles que defendem sua constitucionalidade. É o caso, por exemplo, de Eduardo Arruda Alvim[260] que, embora reconhecendo que essa limitação

---

[258] Resultante da conversão da Medida Provisória 1.570, de 22 de julho de 1997. Em seguida o texto foi modificado por meio de várias medidas provisórias sucessivas, tendo sido a nova redação prevista inicialmente pela Medida Provisória 1.781-1, de 11 de fevereiro de 1999, seguida pelas de n. 1.906-11, de 25 de novembro de 1999, n. 2.102-32, de 21 de junho de 2001, e n. 2.180-33, de 28 de junho de 2001.

[259] Artigo 16. “A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo de nova prova.”

[260] Apontamentos sobre o processo das ações coletivas, cit., p. 58.

não se coaduna com os objetivos da ação coletiva,[261] entende que decisões de primeiro grau por envolverem questões muito amplas correm o risco de não ser aplicadas da forma mais adequada, causando até mesmo prejuízo, considerando-se a inexperiência de alguns juízes monocráticos.

Com o mesmo entendimento da limitação territorial da coisa julgada, também se encontram alguns julgados, inclusive do Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento do pedido liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.576-1, observe-se:

> [...] a alteração do artigo 16 ocorreu à conta da necessidade de explicitar-se a eficácia *erga omnes* da sentença proferida na ação civil pública. Entendo que o artigo 16 da Lei n.º 7.347 de 25 de julho de 1985, harmônico com o sistema Judiciário pátrio, jungia, mesmo na redação primitiva, a coisa julgada *erga omnes* da sentença civil à área de atuação do órgão que viesse a prolatá-la. A alusão à eficácia *erga omnes* sempre esteve ligada à ultrapassagem dos limites subjetivos da ação, tendo em conta até mesmo o interesse em jogo – difuso ou coletivo – não alcançando, portanto, situações concretas, quer sob o ângulo objetivo, quer subjetivo, notadas além das fronteiras fixadoras do juízo. Por isso, tenha a mudança da redação como pedagógica, a revelar o surgimento de efeitos *erga omnes* na área de atuação do juízo, e, portanto, o respeito à competência geográfica delimitada pelas leis de regência. Isso não implica esvaziamento da ação civil pública, nem, tampouco, ingerência indevida do Poder Executivo no Judiciário. Indefiro a liminar.[262]

---

[261] Efetivar o acesso à justiça, promover a celeridade e economia processual, evitar decisões contraditórias sobre um mesmo assunto e a multiplicidade de demandas, bem como garantir a igualdade material das partes.

[262] Decisão proferida pelo Ministro Marco Aurélio de Mello no Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 16 de abril de 1997. Ainda nessa mesma linha interpretativa encontram-se outros julgados: Apelação 1998.010.00.52688-6, Relator Juiz Mário César Ribeiro, 4.ª Turma do TRF1, j. 25.06.1999; STJ, 4.ª Turma, REsp 293.407/SP, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, j. 22.10.2002, *DJU* 07.04.2003, p. 290; STJ, 1.ª Seção, CC 47.731/DF, relator ministro Francisco Falcão, relator para acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, j. 14.07.2005, *DJ* 05.06.2006, p. 231; STJ, 1.ª Seção, CC 48.106/DF, Relator Ministro Francisco Falcão, relator para acórdão Min. Teori Zavascki, j. 14.09.2005, *DJ* 05.06.2006, p. 233; STJ, 1.ª Turma, EDCÇ no REsp 640.695/RS, Relator Ministro José Delgado, j. 28.06.2005, *DJU* 15.08.2005, p. 213.

Todavia, apesar de respeitáveis as opiniões em sentido contrário, não nos parece ser essa a melhor interpretação que deve ser dada ao artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública. Ademais, a tentativa de restringir o alcance da coisa julgada nas ações civis públicas restou inócua, ineficaz e inconstitucional, por vários motivos, que serão a seguir explicitados.

O primeiro óbice ao artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública refere-se a um vício de ordem formal, por ser impossível alteração de matéria processual em sentido estrito por meio de Medida Provisória, consoante disposições do artigo 22, inciso I,[263] e artigo 62, § 1.º, inciso I, alínea "b",[264] ambos da Constituição Federal,[265] argumentos esses que por si sós já tornariam ineficaz mencionada restrição.

Além disso, o legislador confundiu os institutos da jurisdição[266] com a competência,[267] pois o primeiro refere-se à função estatal e o segundo, às regras

---

263 Art. 22. "Compete privativamente à União legislar sobre:

I – direito civil, comercial, penal, *processual*, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho" (grifo nosso).

264 Art. 62. "Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional."

§ 1.º "É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I – relativa a:

b) direito penal, processual penal e *processual civil*" (grifo nosso).

265 Com o mesmo entendimento: ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 246; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 1540.

266 "A jurisdição pode ser vista como poder, função e atividade. É manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Expressa, ainda, a função que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo". DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6. ed. ampl., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2006. v. 1, p. 81.

267 "A competência é exatamente o resultado de critérios para distribuir entre vários órgãos as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição. A competência é o poder de exercer a jurisdição nos limites estabelecidos por lei. É o âmbito dentro do qual o juiz pode exercer a jurisdição. É a medida da jurisdição." Idem, ibidem, p. 104.

de processo, por isso restou inútil tal alteração;[268] no que concerne aos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, sua nota característica é a indivisibilidade do objeto, portanto não é possível fracionar o objeto da tutela coletiva como pretendeu a alteração legislativa.[269]

Mas não param por aqui os argumentos.

Considerando-se que as ações coletivas submetem-se ao microssistema de tutela coletiva e que, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a matéria relativa aos efeitos do julgamento e da coisa julgada passou a ser regulada pelo artigo 103, e como este não sofreu nenhuma alteração legislativa, é o que vigerá, podendo-se reputar o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública revogado tacitamente, como ocorreu com os artigos 3.º da Lei da Ação Civil Pública, revogado pelo artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor, fundamentando-se para tanto no artigo 2.º, § 1.º, parte final, da Lei de Introdução ao Código Civil.[270]

Com uma explanação um pouco diferenciada, mas chegando à mesma conclusão de ineficácia total do artigo 16 Lei da Ação Civil Pública, deve-se colacionar o caminho percorrido por Ada Pellegrini Grinover:

---

[268] Corroborando o entendimento de que houve equívoco por parte do legislador com os institutos da competência e jurisdição, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery asseveram que, caso assim não se admitisse, chegaríamos ao absurdo de que "[...] a sentença de divórcio proferida por juiz de São Paulo não pudesse valer no Rio de Janeiro e nesta última comarca o casal continuasse casado!". *Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 1540. Com a mesma opinião: PIZZOL, Patricia Miranda. Coisa julgada nas ações coletivas. Disponível em: <htpp://www.pucsp.br/tutelacoletiva/dowload/artigo_patricia.pdf>. Acesso em: 22 out. 2008.

[269] No mesmo diapasão: ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 246; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional,* cit., p. 265; WATANABE, Kazuo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, cit., p. 803.

[270] Artigo 2.º, § 1.º "A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior."

> a) o art. 16 da LACP não se aplica à coisa julgada nas ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos; b) aplica-se à coisa julgada nas ações em defesa de interesses difusos e coletivos, mas o acréscimo introduzido pela medida provisória é inoperante, porquanto é a própria lei especial que amplia os limites da competência territorial, nos processos coletivos, ao âmbito nacional ou regional; c) de qualquer modo, o que determina o âmbito de abrangência da coisa julgada é o pedido e não a competência. Esta nada mais é do que relação de adequação entre o processo e o juiz. Sendo o pedido amplo (*erga omnes*), o juiz competente o será para julgar a respeito de todo o objeto do processo; d) em conseqüência, a nova redação do dispositivo é totalmente ineficaz.[271]

Se mesmo assim se entender pela inexistência do microssistema das ações coletivas, isso não equivale dizer que o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública terá aplicação, pois os processos coletivos relacionados a direitos metaindividuais devem obedecer ao que dispõe o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, lei específica, portanto mais uma vez a limitação territorial pretendida não encontra guarida, já que o malfadado artigo 16 pode ser considerado revogado.[272]

Além do que a adoção do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública acaba por inviabilizar a execução dos objetivos traçados pela ação coletiva e tão almejados por todos, que é a possibilidade de evitar a multiplicação de demandas sobre um mesmo assunto, que por via de conseqüência podem gerar decisões contraditórias e insegurança jurídica, ou seja, não se coaduna com o sentido teleológico das ações coletivas.[273]

---

271 In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado*, cit., p. 923.

272 Nesse sentido: MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 485.

273 Em sentido similar: SILVA, Bruno Freire e. A ineficácia da tentativa de limitação territorial dos efeitos da coisa julgada na ação civil pública. In: MAZZEI, Rodrigo Dias; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 342.

E, por fim, mas não menos importante, também houve afronta ao poder de jurisdição dos juízes e aos princípios constitucionais do acesso à justiça, do devido processo legal, da igualdade, da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como ao microssistema das ações coletivas, tendo em vista que um de seus objetivos é justamente impedir a contrariedade de decisões cujos objetos são indivisíveis, o que não ocorrerá caso se entenda pela constitucionalidade do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública.[274]

É importante registrar também que, felizmente, a malfadada alteração do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública não tem sido observada por toda a jurisprudência pátria, pois alguns julgados já vislumbram o absurdo de tal limitação.[275]

Dando continuidade às tentativas de engessar as ações coletivas, foi editada a Medida Provisória 2.180-35/2001, que alterou a Lei 9.494/97, e entre algumas de suas inovações acrescentou o artigo 2.º-A e seu parágrafo único,[276] objetivando, dessa vez, alcançar as associações na medida em que a sentença civil de ação coletiva proposta por entidade associativa só abrangerá os associados se na data da

---

[274] Concordando com essa última afirmação de afronta ao microssistema das ações coletivas: FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Pontos nervosos da tutela coletiva: legitimação, competência e coisa julgada. In: MAZZEI, Rodrigo Dias; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*, cit., p. 65-80.

[275] TRF da 4.ª Região, 6.ª Turma, AI 200.010.143.350/RS, Relator Luiz Carlos de Castro Lugon, *DJU* 21.03.2001, p. 482; REsp 218.492/ES, *RT* 799/192, Relator Peçanha Martins, j. 18.02.2002; CC 26.842/DF, Conflito de Competência 1999/69326-4, Relator Waldemar Zweiter, relator para o acórdão Asfor Rocha, j. 10.10.2001, *DJ* 05.08.2002, p. 194; CC 28.003/RJ-1999-108113-0, Relator Nilson Naves, j. 24.11.1999, *LEXSTJ* 154/46.

[276] Artigo 2.º-A. "A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator."

Parágrafo único. "Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal de seus associados e indicação dos respectivos endereços."

propositura da ação tiverem domicílio no âmbito de competência do órgão prolator e se for realizada assembléia de associados para colher a autorização destes, bem como identificar os representados que tenham expressamente concordado com sua propositura, indicando seus respectivos endereços.

Nota-se que, outra vez, referida alteração legislativa encontra-se eivada de inconstitucionalidade, pois houve afronta direta ao princípio constitucional da isonomia ao se exigir a autorização assemblear para a propositura de ação coletiva por entidade associativa, visto que cria em favor do Poder Público privilégio que não tem nenhuma ligação com o objeto material a ser discutido em juízo.

Além disso, a necessidade de que haja identificação com os respectivos endereços de cada associado tem a pretensão espúria de aterrorizar os associados, dado que serão facilmente identificados pelo réu, o que em última análise frearia o ingresso de muitas ações coletivas, o grande temor do Poder Executivo.

Outra modificação prevista na Medida Provisória 2.180-35/2001 foi a inserção do parágrafo único no artigo 1.º da Lei da Ação Civil Pública[277] pretendendo impedir que fossem ingressadas ações coletivas versando sobre tributos, contribuições previdenciárias, fundo de garantia do tempo de serviço (FGTS) ou outros fundos de natureza institucional, cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. Isso porque estes eram justamente os casos em que as ações civis públicas eram mais utilizadas.

---

[277] Artigo 1.º, parágrafo único. “Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.”

Mais uma vez tem-se que esse dispositivo é inconstitucional por afrontar diretamente os princípios constitucionais da inafastabilidade do controle jurisdicional, do acesso à justiça e do devido processo legal.

Defendendo a constitucionalidade de ação civil pública tratando-se de matéria tributária, esclarecedoras são as lições de Américo Bedê Freire Júnior, devendo ser transcrita:

> É certo que no mundo fático faz-se necessário que cada contribuinte pratique o fato gerador para surgir a obrigação tributária. Ocorre que como a ameaça de lesão é cristalina, tendo em vista que o tributo é cobrado mediante atividade administrativa plenamente vinculada, tal momento para fins de propositura de ação não é tão importante, bastando lembrar, para corroborar tal afirmativa, da costumeira prática de utilizar mandado de segurança preventivo em matéria tributária por ameaça a lesão de direito decorrente de tributo inconstitucional.
>
> Cabe, nesse momento, frisar que a ação civil coletiva tem várias vantagens em relação à Ação Direta de Inconstitucionalidade, *primus* – a propositura no local do dano, deveras a proximidade com a população faz com que haja uma maior consciência da urgência e relevância da adoção de medidas que impeçam a continuidade da cobrança de tributo inconstitucional; *secundus* – a simples declaração de inconstitucionalidade implica em que cada contribuinte tenha o dever de propor uma ação visando o ressarcimento do período da cobrança indevida, por outro lado a decisão positiva na ação civil coletiva permite ao contribuinte liquidar e executar a sentença, nos termos do § 3.º do artigo 103 da Lei 8.078/90; *tertius* – muitas vezes a lei instituidora é anterior a Constituição Federal o que inviabiliza a ação direta de inconstitucionalidade, conforme pacífico entendimento do STF (na doutrina Gilmar Mendes admite tal controle), restando apenas a possibilidade de propor a ação civil coletiva como remédio transindividual ao abuso da tributação.
>
> Deve-se ainda lembrar que o pagamento de tributos não é uma disponibilidade do contribuinte, ficando ao seu critério o pagamento da obrigação, pois, de acordo com o Código Tributário Nacional, um dos caracteres do Tributo é a sua compulsoriedade, logo impossível falar de

> disponibilidade, pois o não pagamento traz inúmeras conseqüências, como multa de mora e juros.
>
> De outra banda, querer que cada contribuinte individualmente entre com uma ação visando extirpar a cobrança do tributo, além de sobrecarregar o judiciário, implicará num processo de seleção em que os mais pobres, por não possuírem recursos para a contratação de um advogado e nem possuírem uma Defensoria Pública estruturada a ponto de atingir o interior dos Estados, continuarão sofrendo indevidamente a cobrança de tributos inconstitucionais, violando no mundo fático o princípio da igualdade.[278]

Como se pode observar de toda ilação acima descrita, felizmente a doutrina brasileira não se queda inerte aos ataques promovidos por parte do Poder Executivo às ações coletivas, que como já dito alhures restam inócuos, ineficazes, inconstitucionais e porque não dizer absurdos.

Isso posto, apesar dos revezes que a tutela coletiva brasileira vem sofrendo e da inegável consciência de que muito ainda há que ser feito, é possível que nos regozijemos por possuirmos um dos sistemas de tutela coletiva mais avançados do mundo e que tem servido de inspiração para muitos países, principalmente os latino-americanos, além de Portugal e Espanha, visto que entre os países de origem romano-germânica fomos os precursores nessa seara.[279]

Também é importante destacar que o microssistema de tutela coletiva brasileira influenciou fortemente o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-américa, cuja base é praticamente composta pela legislação pátria e pela legislação norte-americana, mas com várias modificações e alterações.

---

[278] FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Pontos nervosos da tutela coletiva: legitimação, competência e coisa julgada, cit., p. 69-70.

[279] GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. Recepção e transmissão de institutos processuais civis. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 31, n. 140, p. 151, out. 2006.

Não obstante os avanços e a posição de vanguarda em que a tutela coletiva brasileira se encontra, muito ainda há que ser feito, pois existem falhas e omissões que precisam ser sanadas, por exemplo, a questão da insuficiência da notificação do artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor[280] que prevê uma única publicação em edital no Diário Oficial, o que demonstra uma clara impossibilidade de garantir sua efetividade, ou a divulgação em meios de comunicação social, outra técnica também insuficiente, uma vez que funciona apenas como sugestão, sem nenhum caráter obrigatório ou sancionador.

Comungando do mesmo entendimento, Patrícia Miranda Pizzol[281] sugere que os gastos com a divulgação da propositura da ação coletiva nos meios de comunicação social de massa (rádio, televisão e jornais de ampla circulação) constituam um encargo do fornecedor, em consonância com o que estabelece o artigo 6.º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor,[282] que prevê a facilitação da defesa do consumidor em juízo, sendo possível inclusive que essa medida ocorra *ex officio*, considerando as disposições do artigo 84, § 5.º, do Código de Defesa do Consumidor[283] e artigo 461, § 5.º, do Código de Processo Civil.[284]

---

280 Artigo 94. "Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor."

281 Coisa julgada nas ações coletivas. Disponível em: <htpp://www.pucsp.br/tutelacoletiva/dowload/artigo_patricia.pdf>. Acesso em: 22 out. 2008.

282 Artigo 6.º, inciso VIII – "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências".

283 Artigo 84, § 5.º "Para a tutela específica ou para a obtenção de resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial."

284 Artigo 461, § 5.º "Para efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial."

Outros aspectos também merecem ser revistados. Confiram-se:

– Ausência de disposição legal sobre a regulação de acordos entre as partes, o que não inclui o termo de ajustamento de conduta por não se tratar de uma transação, mas de mero reconhecimento por parte do réu da existência de um dever jurídico e o compromisso de cumpri-lo;[285]

– O fato de a coisa julgada não atingir os ausentes do processo no caso de improcedência, bem como a ausência de disposição legal sobre as ações coletivas passivas;[286]

– A necessidade de criação de um cadastro nacional das ações coletivas ajuizadas, com todas as informações sobre a concessão ou não de liminares, prolação de sentença, entre outros trâmites processuais, a fim de que oriente as pessoas lesadas a optarem pela propositura de ação individual ou prosseguimento na ação coletiva, além de possibilitar que os legitimados não ingressem com ações coletivas já impetradas por outros entes;[287]

---

[285] Artigo 14. "O representante do grupo poderá entrar em acordo com a parte contrária ao grupo. Se os termos do acordo forem adequados para tutelar os direitos e interesse do grupo e de seus membros, o juiz o homologará através de sentença motivada e o acordo vinculará a todos."

[286] Concordando com essas modificações: GIDI, Antônio Carlos Oliveira. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*, cit., p. 40-43, passim. A respeito da ação coletiva passiva existe previsão expressa de seu cabimento no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos coordenado por Ada Pellegrini Grinover, no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborado pela UERJ-Unesa, como se verá no Capítulo 3.

[287] No mesmo sentido: PIZZOL, Patricia Miranda. Coisa julgada nas ações coletivas. Disponível em: <htpp://www.pucsp.br/tutelacoletiva/dowload/artigo_patricia.pdf>. Acesso em: 22 out. 2008; ALEXANDRIDIS, Georgios José Ilias Barnabé. *O pedido no processo coletivo*. 2008. Dissertação (Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direitos Difusos e Coletivos) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 259-261. Ressalte-se que essa previsão pode ser encontrada no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos coordenado por Ada Pellegrini Grinover (artigo 46); no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos da UER/Unesa (artigo 28); e na nova proposta de Lei da Ação Civil Pública (artigo 43), que ainda faz referência à criação de

– Inclusão do indivíduo no rol de legitimados;[288]

– Gratificação para indivíduos, associações e sindicatos quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da ação coletiva, representando um estímulo à participação da sociedade civil nas demandas coletivas;[289]

– Criação de juízos especializados e prioridade no processamento dos processos coletivos.[290]

Não é por outra razão que, atualmente no Brasil, esses e muitos outros aspectos da tutela coletiva estão sendo amplamente debatidos pela doutrina, o que

---

um cadastro nacional de inquéritos civis e termos de ajustamento de conduta (artigo 44), todos anexados ao final do trabalho.

288 Favorável à ampliação da legitimidade coletiva ativa: ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 134; FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 136-143. Há previsão para a legitimidade dos indivíduos no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América (artigo 3.º, I e II); no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos coordenado por Ada Pellegrini Grinover (artigo 20, I); no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos da UER/Unesa (artigo 9.º, I), conforme anexos.

289 A gratificação foi prevista no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América (artigo 15, parágrafo 2.º); no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos coordenado por Ada Pellegrini Grinover (artigo 17, parágrafo 1.º); no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos da UER/Unesa (artigo 13, parágrafo 3.º); e na nova proposta de Lei da Ação Civil Pública (artigo 44), vide anexos.

290 Essas três últimas sugestões de alteração (gratificação, criação de juízos especializados e prioridade no processamento) e outras aqui não enumeradas, foram muito bem desenvolvidas por: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 16-32; SANTOS, Dorival Moreira dos. Anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Civil Coletivo: inovações na prática processual em busca da efetividade. In: Idem, ibidem, p. 39-54. A criação de juízos especializados consta no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos coordenado por Ada Pellegrini Grinover (artigo 18); no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos da UER/Unesa (artigo 59); e a prioridade de processamento pode ser observada no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos coordenado por Ada Pellegrini Grinover (artigo 10) e na nova proposta de Lei da Ação Civil Pública (artigo 5.º, IV).

culminou na formulação de algumas propostas de codificação do processo coletivo: o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos coordenado por Ada Pellegrini Grinover; o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos UERJ-Unesa (dos programas de Pós-graduação da Universidade Estadual do Rio de Janeiro e Universidade Estácio de Sá) coordenado por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; e a mais recente proposta de alteração que refere à própria Lei da Ação Civil Pública, todos devidamente anexados ao final do trabalho.[291]

[291] A respeito da codificação do direito processual coletivo brasileiro consultar: ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007; GIDI, Antônio Carlos Oliveira. *Rumo a um Código de Processo Civil* Coletivo – a codificação das ações coletivas. Rio de Janeiro: Forense, 2008. E afirmando que existe uma tendência de aproximação entre os ordenamentos jurídicos por meio dos códigos: LISBOA, Celso Anicet. A aproximação recíproca dos diversos ordenamentos jurídicos por meio dos códigos-modelo. *Revista de Processo,* São Paulo: RT, ano 29, n. 116, p. 231-247, jul.-ago. 2004.

CAPÍTULO 2
CONTORNOS E FUNDAMENTOS DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA

2.1 Ordenamentos jurídicos alienígenas

O debate em torno das ações coletivas passivas não se restringe ao ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que diversos ordenamentos jurídicos alienígenas também têm se debruçado sobre o assunto, ainda que muitas vezes isso ocorra de forma tímida.

Cumpre destacar, mais uma vez, que o presente trabalho não tem por finalidade elaborar um estudo de direito comparado, pois essa tarefa fugiria do objetivo proposto neste trabalho, que é traçar os fundamentos da ação coletiva passiva no ordenamento jurídico brasileiro, além do que isso demandaria um estudo ainda mais aprofundado e pormenorizado.

Não obstante isso, reconhecemos a importância da comparação jurídica para o aprimoramento e incorporação de institutos jurídicos, [292] mas nos propomos

---

[292] Nessa ótica Cândido Rangel Dinamarco assinala: "A ciência processual civil brasileira vive, em tempos presentes mais do que nunca, uma grande necessidade de tomar consciência das realidades circundantes, representadas pelos institutos e conceitos dos sistemas processuais de outros países, para buscar soluções adequadas aos problemas da nossa Justiça. Isso é conseqüência de *quatro ordens de fatores* identificados: a) na necessidade de coletivização da tutela jurisdicional numa sociedade de massa; b) na crise de legitimidade por que passa o Poder Judiciário e conseqüentes propostas de seu controle externo; c) na assimilação de institutos novos pela própria lei do processo (especialmente as técnicas da tutela coletiva, o processo monitório e as medidas urgentes de antecipação de tutela no processo cognitivo); e d) na crescente aproximação entre culturas e nações soberanas (o fenômeno Mercosul)". Processo civil comparado. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 23, n. 90, p. 46, abr.-jun. 1998.

nesse tópico a tão-somente demonstrar que o tema possui relevância e é objeto de estudo em diversos outros países.[293]

a) Estados Unidos da América

É praticamente impossível abordar o tema das ações coletivas passivas sem que se faça uma referência direta e imediata às *defendant class action* do direito norte-americano, visto que serviram como fonte de inspiração e sustentação jurídica para que o assunto fosse colocado em pauta no Brasil, motivo este que também justifica um maior detalhamento desse instrumento processual se comparado com a abordagem que será feita nos demais países.

As denominadas *plaintiff class actions*, que são as ações coletivas ativas, de acordo com o magistério de Mary Kay Kane, referem-se às ações em que:

> [...] uma ou mais pessoas demandem ou sejam demandadas em interesse próprio ou de outros indivíduos que declaradamente possuam queixas similares ou tenham sido prejudicadas em situações semelhantes.[294]

Já as *defendant class actions* se perfazem quando uma ação é proposta "contra um grupo de réus representados em juízo por um de seus membros".[295]

---

[293] Fazendo um verdadeiro estudo de direito comparado entre vários institutos processuais civis coletivos brasileiros com o de outros países: FERRARESI, Eurico. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo* – instrumentos processuais coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

[294] Tradução livre da autora. No original: "[...] one or more persons to sue or be sue don behalf of themselves and other individuals who allegedly possess similar grievances or have been harmed in a similar way". KANE, Mary Kay. *Civil procedure in a nutshell*. 4. ed. St. Paul: West Group, 1996. p. 252.

[295] VIANA, Flávia Batista. Algumas considerações sobre as *class actions* norte-americanas, cit., p. 108.

Outra possibilidade de ação coletiva passiva é vislumbrada por Antônio Carlos Oliveira Gidi, embora reconheça tratar-se de hipótese de difícil ocorrência prática. Observe:

> [...] é possível que em uma ação individual o réu interponha reconvenção com o fim de alcançar uma sentença declaratória da legalidade da sua ação contra todas as pessoas atingidas pela sua ação e nomeando o autor da ação individual representante dos demais.[296]

As ações coletivas ativas são comumente encontradas na prática judiciária norte-americana, mas isso não impede a ocorrência das *defendant class actions*, em qualquer seara do direito, muito embora seja mais recorrente nas questões relativas a apólices, caso em que os adquirentes, com a alegação de fraude, objetivam responsabilizar um grande número de corretoras de valores; violação de patentes, situação em que o detentor da patente procura validá-la em desfavor dos infratores; e direitos civis, a fim de que os agentes públicos dêem validade às leis ou aos direitos constitucionais.[297]

É necessário assinalar que, geralmente, esse grupo réu é composto por pessoas jurídicas, e as sentenças provenientes dessas ações podem ter natureza declaratória, mandamental ou indenizatória, apesar de a maior incidência ocorrer para garantir efeito *erga omnes* às decisões declaratórias ou injuntivas em desfavor de grupos que cometeram ilícito civil ou para interpretar ou determinar a validade de um documento ou norma.[298]

---

[296] GIDI, Antônio Carlos Oliveira. *A* class action *como instrumento de tutela coletiva dos direitos* – as ações coletivas em uma perspectiva comparada. 2003. Tese (Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 470.

[297] KLONOFF, Robert H. *Class action and other multi-party litigation in a nutshell*, cit., p. 255.

[298] GIDI, Antônio Carlos Oliveira. *A* class action *como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, cit., p. 469.

Ultrapassadas essas considerações iniciais, é importante reafirmar[299] que o regramento das *defendant class actions* encontra previsão legal expressa na *Rule* 23 (a), assim como acontece com as ações coletivas ativas (*plaintiff class action*). Disso resulta que os procedimentos[300] para que as ações se processem são os mesmos, além de possuírem os mesmos objetivos de acesso à justiça, economia processual e evitar decisões contraditórias ou incompatíveis.

Por conseguinte, passaremos a uma análise, ainda que superficial, do processamento das *class actions*, fazendo pequenas anotações quando se tratar de *defendant class action*, pois o fato de o grupo figurar no pólo passivo da relação jurídica processual impõe algumas particularidades. Acompanhe.

1) Pré-requisitos – Regra 23 (a):

Conforme dito acima, a *Rule* 23 (a) estabelece os pré-requisitos necessários para o exercício da ação coletiva, ativa ou passiva, quais sejam: 1) impraticabilidade do litisconsórcio; 2) questão comum; 3) tipicidade; 4) representatividade adequada. [301]

Esses pré-requisitos são cumulativos e recaem sobre as ações coletivas ativas ou passivas, isto é, a ausência de qualquer deles inviabiliza a admissibilidade da ação como coletiva, embora a ação possa prosseguir na forma individual

---

299 Ver Capítulo 1, item 1.5.

300 A respeito dos procedimentos das *class actions* consultar: KANE, Mary Kay. *Civil procedure in a nutshell,* cit.; KLONOFF, Robert H. *Class action and other multi-party litigation in a nutshell,* cit.

301 Tradução livre da autora. No original: Rule 23. (a) "Prerequisites to a Class Action. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if (1) the class is so number that the joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or act common to the class, (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class, and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class".

entre o autor (e não mais o representante) e o réu, sendo dever da parte que requer o tratamento coletivo da ação demonstrar e convencer o juiz[302] de que todos os requisitos exigidos pela *Rule* 23 estão preenchidos, pois, do contrário, a certificação[303] da ação coletiva será negada pelo magistrado.

Além desses pré-requisitos previstos expressamente na *Rule* 23, Robert H. Klonoff aponta mais outros três, que por essa razão são tidos como implícitos. São eles: "(i) a existência de uma classe definida; (ii) a presença de um representante que seja membro da classe; e (iii) a reclamação deve estar viva, e não prejudicada".[304]

Contudo, analisando os pré-requisitos legais, parece-nos que os dois primeiros fazem referência direta à questão comum e à tipicidade, e o último não constitui uma especialidade do sistema das *class actions*, pois incide em todos os procedimentos civis do direito norte-americano.[305] Confira agora o teor de cada pré-requisito:

---

302 No tocante ao papel do juiz norte-americano, é válido ponderar que, se comparado com o papel do juiz nos países de *civil Law,* ele é muito mais inerte. Oscar G. Chase clarifica essa situação mencionando: "No julgamento americano são os advogados, não o juiz, que decidem quais as provas necessárias, e que as produzem, por meio da inquirição de testemunhas e a apresentação de documentos". A "excepcionalidade" americana e o direito processual comparado. *Revista de Processo*, ano 23, n. 90, p. 135, abr.-jun. 1998.

303 "No direito norte-americano, diferentemente do direito brasileiro, a ação não é proposta diretamente na forma coletiva. Existem duas fases: a propositura da ação e o requerimento de sua certificação como coletiva. Assim, de acordo com a Regra 23 (c) (1) após a propositura da ação, o magistrado deverá analisar a presença dos requisitos, o enquadramento em uma das hipóteses de cabimento e confirmar a possibilidade de sua manutenção na forma coletiva. A esta decisão que autoriza e dá estrutura à ação proposta, é denominada de certificação, e trata-se de uma espécie de decisão saneadora do direito brasileiro". VIANA, Flávia Batista. Algumas considerações sobre as *class actions* norte-americanas, cit., p. 104.

304 Tradução livre da autora. No original: "(i) the existence of a definable class; (ii) the presence of a representative who is a member of the class; and, (iii) a claim that is live, not moot". KLONOFF, Robert H. *Class action and other multi-party litigation in a nutshell*, cit., p. 15.

305 Acerca do direito processual civil norte-americano de modo abrangente, consultar: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito processual civil nos Estados Unidos. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 30, n. 127, p. 107-116, set. 2005.

1.1) Impraticabilidade do litisconsórcio ou numerosidade (*joinder impracticability* ou *numerosity*) – Regra 23 a (1):

No que se refere à impraticabilidade do litisconsórcio, esse pré-requisito estará preenchido quando houver dificuldade de administrar um processo com a presença de todos os interessados.

Entretanto, não existe nenhuma disposição legal sobre o número de pessoas que inviabilizem a formação do litisconsórcio, mas, como na prática a maioria das ações coletivas propostas refere-se a grupos numerosos, o requisito é cumprido sem muitas dificuldades.

1.2) Questão comum (*commonality*) – Regra 23 a (2):

Quanto à necessidade de que existam questões comuns ao grupo de fato ou de direito, a *Rule* 23 não as define, presumindo-se assim que o juiz, no caso concreto, reconhecerá quando estiver diante de uma técnica muito comum no direito norte-americano e fundamentada na extrema confiança depositada nos juízes.[306]

Caso esse pré-requisito não seja observado, isso não enseja extinção automática da ação, o que só deve ocorrer em último caso, pois o juiz deve tentar preservar ao máximo a ação coletiva.

---

[306] ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*, cit., p. 90.

1.3) Tipicidade (*typicality*) – Regra 23 (a) 3:

Já a tipicidade quer significar que o representante do grupo deve propor a ação coletiva em nome próprio e de todos os que se encontrem em situação semelhante, coexistindo, portanto, em uma mesma *class action*, pedidos individual e coletivo. A falta de tipicidade pode ensejar, por exemplo, a inadmissibilidade da ação como coletiva ou sua subdivisão em classes mais homogêneas.

1.4) Representação adequada (*adequacy of representation* ou *vigourous prosecution test*) – Regra 23 a (4):

Por fim, a representação adequada, pré-requisito mais importante a ser avaliado pelo juiz em uma *class action*, visto que por meio dele se garante o devido processo legal aos membros ausentes da relação processual, condição *sine qua non* para que a coisa julgada[307] os afete, pois, caso se constate que a representação não foi adequada em relação ao membro ausente, pode ser decretada a invalidade ou ineficácia da decisão.

Dessa forma, o devido processo legal norte-americano no que toca às *class actions* garante não necessariamente o direito de participação dos indivíduos na relação jurídica processual, mas sim o direito de que todos devem ser adequadamente

---

[307] No que se refere à coisa julgada norte-americana, é importante destacar que ela pode ser dividida em duas espécies: "a *res judicata* (ou *claim preclusion*) é semelhante à coisa julgada romano-germânica, eis que impede a discussão de um determinado pedido ou causa de pedir anteriormente acionado. O *collateral estoppel* (*ou issue preclusion*), por outro lado, refere-se ao impedimento quanto à análise de questões e fatos (*issues*) que serviram de fundamento em processo anterior, independentemente da discussão quanto ao pedido (*claim*)". ALVIM, Artur da Fonseca. Coisa julgada nos Estados Unidos. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 31, n. 132, p. 76, fev. 2006.

representados. Portanto, esse é o fundamento legal que respalda as ações coletivas ativas ou passivas.

Ainda sobre esse requisito, tratando-se de *defendant class action*, importante observação foi feita por Ronaldo Lima dos Santos ao aduzir que:

> Nas *defendant class action* há a inversão inicial da assinalação da representatividade adequada do membro demandado para atuar pela classe – *class representative*. Enquanto nas *class actions* tradicionais a indicação da dimensão da representatividade é realizada pelo demandante – *class member* –, nas *defendant class action* o autor da demanda, com interesses contrários aos da classe demandada, é que terá a faculdade de assinalar a representação adequada.[308]

Além disso, no caso de *defendant class actions,* os Tribunais deverão estar mais atentos, pois o fato de o representante adequado ser indicado pelo demandante pode facilitar a formação de conluio entre o demandante e um suposto representante da classe a fim de alcançarem decisão judicial desfavorável aos interesses dos membros ausentes da relação processual.

Ademais, geralmente a pessoa indicada para representar os membros ausentes da relação processual não aceita essa função, principalmente pelos altos encargos que a ação lhe custará, sem nenhuma garantia de ressarcimento. Todavia, esse óbice pode ser contornado pelo juiz, que pode chamar para que postule como representante adequado outros membros do grupo em litisconsórcio passivo com o representante original.

---

[308] SANTOS, Ronaldo Lima dos. “Defendant class actions” o grupo como legitimado passivo no direito norte-americano e no Brasil. *Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, ano III, n. 10, p. 142, jan.-mar. 2004.

2) Hipóteses de cabimento

Observados esses pré-requisitos, ainda é preciso que a situação fática se enquadre em uma das hipóteses de cabimento previstas na *Rule* 23 (b) para que uma ação possa se desenvolver como uma *class action,* quais sejam: b (1), que se subdivide em (A) e (B), b (2) e b (3). Ressalte-se que essas hipóteses de cabimento não são cumulativas. Acompanhe as especificidades de hipótese de cabimento:

2.1) Ações de classe para compatibilidade de conduta (*incompatible standards class action*) – Regra 23 b (1) (A); ações de classe prejudiciais (*prejudice class action*) – Regra 23 b (1) (B):

A primeira hipótese de cabimento b (1) é utilizada para evitar decisões conflitantes ou prejudiciais: (A) que possam estabelecer padrões incompatíveis de conduta para a parte contrária, ou (B) que possam, na prática, prejudicar os interesses dos outros membros ausentes no processo, ou impedir ou substancialmente diminuir a capacidade de eles protegerem seus interesses.[309]

---

[309] Tradução livre da autora. No original: Rule 23 (b) "Class Actions Maintainable. An action may be maintained as a class action if the prerequisites of subdivision (a) are satisfied, and in addition:

(1) the prosecution of separate actions by or against individual members of the class would create a risk of

(A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual members of the class which would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class, or

(B) adjudications with respect to individual members of the class which would as a practical matter be dispositive of the interests of the other members not parties to the adjudications or substantially impair or impede their ability to protect their interests".

Segundo Luís Roberto Barroso, “trata-se de figura próxima à do litisconsórcio unitário do direito brasileiro”,[310] dado que impõe a obrigatoriedade de uma mesma decisão para todos.

Os casos de *defendant class action* mais encontrados nessa espécie são ações propostas contra um grupo de infratores que usam de forma ilegal produto patenteado ou contra um grupo de franqueados que infringiram uma cláusula do contrato, ou ainda nos casos de fraudes no mercado de valores.[311]

2.2) Conduta uniforme do réu – Regra 23 b (2):

A hipótese de cabimento do tipo b (2) é usada quando: “[...] a parte contrária ao grupo agiu, recusou-se a agir ou deixou de exercer um dever legal de uma maneira uniforme em face do grupo, tornando apropriada, assim, uma sentença mandamental ou declaratória.[312-313]

É importante destacar que a maioria das ações coletivas tem sido proposta com fundamento nessa espécie.

Entretanto, no caso de *defendant class action*, não é a parte contrária ao grupo que age de maneira uniforme perante o grupo, mas sim o próprio grupo-réu

---

310 BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action* norte-americana. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 30, n. 130, p. 149, dez. 2005.

311 GIDI, Antônio Carlos Oliveira. *A* class action *como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, cit., p. 481-482.

312 Idem, ibidem, p. 180.

313 *Rule* 23 (b) (2) “the party opposing the class has acted or refused to act on grounds generally applicable to the class, thereby making appropriate final injunctive relief or corresponding declaratory relief with respect to the class as a whole”.

que se comporta dessa maneira; assim, a ação visará obter uma injunção contra o grupo e não a seu favor, como ocorre nas ações coletivas ativas.

Na prática judiciária esse tem sido o tipo de *defendant class action* mais encontrado, apesar de alguns tribunais entenderem que essa espécie só é cabível para as *plaintiff class actions.*[314]

2.3) Predominância de questões comuns (class action for damages) – Regra 23 (b) (3):

A hipótese de cabimento tipo b (3) é usada quando existir uma predominância de questões comuns de fato ou de direito dos membros da classe sobre as questões individuais, ou seja, não há que falar em indivisibilidade do conflito nem em necessidade de dar tratamento uniforme à controvérsia; a ação é usada simplesmente para promoção da economia processual, conveniência e justiça, e desde que esse tipo de ação seja técnica superior aos outros métodos para a justa e efetiva solução da controvérsia.[315]

---

[314] GIDI, Antônio Carlos Oliveira. *A* class action *como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, cit., p. 482.

[315] No original: *Rule* 23 b (3) "the court finds that the questions of law or fact common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy. The matters pertinent to the findings include: (A) the interest of members of the class in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already commenced by or against members of the class; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; (D) the difficulties likely to be encountered in the management of a class action".

Essa espécie também é conhecida com a nomenclatura de *class action for damages*, constituindo a forma mais genérica de *class action*, cuja natureza preponderantemente é indenizatória.

Foi também a fonte de inspiração das ações coletivas para tutela de interesses individuais homogêneos, prevista nos artigos 91 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor.[316] Além disso, a partir dessa espécie a jurisprudência norte-americana passou a admitir os *mass tort cases*.[317]

Importante lembrar que esse tipo de ação tem caráter residual, englobando todas as situações que não se encaixem nas anteriores, razão pela qual são muito usadas na práxis forense norte-americana.

Contudo, o grupo não tem a mesma coesão das outras espécies de *class action*, motivo pelo qual para o seu cabimento ainda é preciso observar a presença de dois outros requisitos: predominância de questões comuns e superioridade da tutela coletiva, além da garantia de que a regra do *opt out* será cumprida, regra

---

316 Sobre o tema consultar: ARAÚJO, Rodrigo Souza Mendes. A ação para a tutela dos interesses individuais homogêneos, cit., p. 695-719.

317 Luís Roberto Barroso explica que "a expressão *mass torts* refere-se a dois tipos de situação: (i) a de um acidente (*single accident cases*), do qual resultem inúmeras vítimas, como a queda de um avião ou a explosão de uma fábrica de produtos (como ocorreu no Bhopal, na Índia); e (ii) a de *responsabilidade por fato do* produto (*product libability*), como no caso de um medicamento que cause lesão grave nos pacientes ou da comunicação por exposição ao amianto". A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action* norte-americana, cit., p. 150. Michele Taruffo menciona que o primeiro caso famoso de *mass torts cases* foi o denominado *Agent Orange*, e tratava-se de um produto químico usado no Vietnã para destruir a floresta, e que anos depois foi descoberto que esse material era altamente cancerígeno, por isso muitos soldados adoeceram. Tradução livre da autora. No original: "[...] il primo caso famoso è quello del c.d. *Agent Orange*, che era il defoliante usato in Vietnam, per distruggere lê foreste. Anni dopo il suo impiego si è scoperto che era materiale altamente cancerogeno, sicchè molti soldati si ammalarono di cancro". Modelli di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi. In: LANFRANCHI, Lucio (A cura di). *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*. Torino: G. Giappichelli, 2003. p. 63.

essa que consiste na notificação[318] obrigatória de todos os membros da classe para que exerçam o direito de auto-exclusão do grupo, satisfazendo assim os ditames do princípio do devido processo legal.

*2.3.1) Predominância das questões comuns (*predominance*):*

No que concerne à predominância de questões comuns, isso quer significar que as questões comuns devem ser aferidas com mais rigor do que nas demais hipóteses de cabimento, em outras palavras isso quer dizer que só devem ser certificadas as ações como coletivas quando a variedade de questões individuais não comprometer o tratamento uniforme da questão comum.

Como já foi relatado em outro momento deste trabalho,[319] o ordenamento jurídico nacional não faz nenhuma referência quanto à necessidade de que exista predominância das questões comuns coletivas sobre as individuais para que a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos seja instaurada. Esse é o entendimento por nós compartilhado, embora não seja pacificado na doutrina.

---

318 "A notificação tem por escopo informar aos membros ausentes que foi proposta uma ação em tutela dos seus interesses e que esta foi certificada como coletiva. Assim, poderão intervir no processo satisfazendo as exigências do devido processo legal. Deve ser emitida na fase inicial do processo, geralmente após a certificação, e, se for considerada insuficiente ou inadequada, não fará coisa julgada *erga omnes*. A notificação nas ações coletivas do tipo b (3) aos membros do grupo facilmente identificáveis é obrigatória e pessoal (por correspondência). E para os demais membros do grupo não tão facilmente identificáveis, deverá ser promovida a melhor notificação possível. Já nas *class action* do tipo b (1) e b (2) a Regra 23 não dá qualquer diretriz quanto à forma da notificação, e, de acordo com a interpretação majoritária, não há obrigatoriedade de qualquer notificação aos membros ausentes, e o argumento para isto é que, como em princípio há uma coesão muito maior entre os membros de um grupo em uma ação coletiva do tipo b (1) e b (2) do que entre os membros do tipo b (3). Todavia, esta interpretação é insustentável, ou se exige a notificação em todos os tipos de ação coletiva ou não se exige em nenhum tipo." VIANA, Flávia Batista. Algumas considerações sobre as *class actions* norte-americanas, cit., p. 105-106.

319 Capítulo 1, item 1.6.

Ada Pellegrini Grinover, por exemplo, entende que a não-prevalência das questões comuns coletivas sobre as individuais configura a formação de direitos heterogêneos, sendo, portanto, inadmissível a tutela coletiva sob o argumento de impossibilidade jurídica do pedido.[320]

*2.3.2) Superioridade (*superiority*)*

Além de ter que obedecer a todos esses requisitos ainda é preciso que a *class action* do tipo b (3) seja uma técnica superior se comparada com os outros meios disponíveis para o deslinde da causa. [321] Explicando melhor esse requisito, Antônio Carlos Oliveira Gidi ensina que:

> A ação coletiva é um instrumento traumático: é um procedimento caro, demorado e desgastante tantos para as partes quanto para o Judiciário. Além disso, decide-se com imutabilidade de coisa julgada o direito de pessoas que não terão a oportunidade de serem ouvidas diretamente em juízo. Se há formas de tutela dos interesses do grupo

---

[320] GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado*, cit., p. 863-867, passim. Com o mesmo entendimento: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, cit., p. 221; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 12.

[321] Antônio Carlos Oliveira Gidi enumera alguns exemplos de quais seriam essas técnicas alternativas às ações coletivas: consolidação (*consolidation*) e transferência (*transfer*) – "através desse instrumento 'consolidam-se' várias ações (individuais e coletivas), propostas na Justiça Federal em todo o país, em um juízo único, com o objetivo de oferecer uma econômica, completa, conveniente, eficiente e justa administração da controvérsia. Tais transferências são autorizadas por um painel composto por sete juízes federais de primeiro e segundo graus, provenientes de diferentes circuitos ou regiões (*circuits*), nomeados pelo presidente do Supremo Tribunal Federal (*Judicial Panel on Multidistrict Liligation*)"; casos-testes (*test cases*) – "escolhe-se um ou alguns casos mais representativos da controvérsia coletiva para serem decididos em juízo. A partir das decisões obtidas nesse(s) processo(s)-teste, aplica-se a imutabilidade das questões decididas (*collateral estoppel* ou *issue preclusion*) aos demais processos individuais ou mesmo a uma futura *class action*, a depender da situação"; litisconsórcio (*joinder of parties, Rule* 20) – "se o litisconsórcio de todos é possível, a ação coletiva não é cabível"; intervenção (*permissive intervention, Rule* 24 (b) (2)) – "o juiz pode permitir que qualquer pessoa intervenha em uma ação, quando o seu pedido ou a sua defesa possua uma questão de direito ou de fato em comum com o objeto do processo em que quer intervir". *A* class action *como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, cit., p. 204, 206, 208, respectivamente.

> que sejam mais eficazes ou mais econômicas, não há motivo para que se recorra à ação coletiva.[322]

E continua ponderando que:

> A exigência de que a tutela coletiva seja uma técnica superior às demais técnicas disponíveis é um requisito incompreensível para o jurista brasileiro. Afinal, estando presentes os requisitos para o seu cabimento, que alternativa poderia haver que seja superior à ação coletiva? Certamente nenhuma em nosso direito. Na tutela das controvérsias coletivas, as únicas alternativas disponíveis no direito brasileiro são as inúmeras ações individuais e a ação coletiva, ambas com praticamente o mesmo nível de complexidades.[323]

Para aferir o requisito da superioridade da tutela coletiva, a *Rule* 23 (b) (3) indica alguns parâmetros, a título meramente exemplificativo, que auxiliarão o juiz nessa tarefa, quais sejam:

> (A) o interesse dos membros do grupo em controlar individualmente a propositura ou defesa de ações individuais separadas;
>
> (B) a extensão e a natureza de qualquer litígio relacionado à controvérsia, já ajuizado por ou contra os membros do grupo;
>
> (C) a conveniência ou inconveniência de concentrar o julgamento de todas as pretensões num determinado juízo;
>
> (D) as dificuldades que provavelmente serão encontradas na administração dessa ação coletiva.[324]

No tocante à regra do *opt out*, esse é o ponto central quando se tratar de uma *defendant class* action do tipo b (3), pois a possibilidade de exclusão dos

---

322 GIDI, Antônio Carlos Oliveira. *A* class action *como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, cit., p. 201.

323 Idem, ibidem, p. 203

324 Tradução livre da autora. No original: "(A) the interest of members the class in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already commenced by or against members of the class; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; (D) the difficulties likely to be encountered in management of a class action".

membros da ação poderia esvaziar o objeto da ação, uma vez que essa seria uma forma de garantir imunidade perante o Poder Judiciário.

Trata-se de uma questão muito polêmica, pois a maioria dos Tribunais entende que esse é um direito legítimo dos membros do grupo-réu e que por isso deve ser resguardado.

Ocorre que, se lhes for deferido o direito de se excluírem de uma *defendant class action*, assumirão o risco de se ver envolvidos em inúmeras demandas individuais, e, conseqüentemente, arcarão sozinhos com as despesas processuais, visto que não haverá divisão com outros membros do grupo. Portanto, o uso da *defendant class action* é sinônimo de economia não apenas para o Judiciário, mas também para os membros do grupo-réu.

Entretanto, Antônio Carlos Oliveira Gidi pontua com inteligência que o melhor seria que os Tribunais entendessem pela inadmissibilidade do direito de auto-exclusão nesses casos; do contrário, há uma necessidade urgente de reforma da *Rule* 23 nesse ponto.[325]

b) Israel

Israel é um dos poucos países, além dos Estados Unidos da América, Noruega e Canadá, que possui legislação expressa permitindo o cabimento das

[325] GIDI, Antônio Carlos Oliveira. *A* class action *como instrumento de tutela coletiva dos direitos,* cit., p. 485-486.

ações coletivas passivas. A *Rule* 29 do atual Código de Processo Civil israelense prevê que:

> Todos os autores ou réus de uma determinada causa poderão ser representados por parte deles; e os demais interessados serão notificados por meio de intimação pessoal ou de publicação, se a comunicação pessoal não for possível por alguma razão, para que as outras pessoas atingidas possam tomar conhecimento e eventualmente intervir na causa.[326]

No entanto, na prática poucas ações têm sido propostas com fundamento na *Rule* 29.[327]

c) Noruega

A Lei de Processo Civil norueguesa datada de 1915 revela o regramento de muitos procedimentos civis, mas não traz nenhuma previsão acerca das ações coletivas passivas, o que só ocorreu recentemente com a entrada em vigor em 1.o de janeiro de 2008 do novo *Dispute Act* 2005/90, que no capítulo 35 dispõe expressamente sobre o seu cabimento.

---

[326] Tradução livre da autora. No original: "(a) In the event that a number of those interested in one cause of action is great a portion of them, at the request of a plaintiff or defendant if they are defendants, and with the permission of the court, may represent in that cause of action all the interested persons. If the other interested persons do not know of the filing of the cause of action, the court will notify them of the filing of the cause of action by personal service or by publication if personal service is not practical for any reason that appears to the court, according to the facts of each individual case. (b) Anyone who is represented in an action pursuant to (a) above, may request the court to make him a party to such action". Relatório de Stephen Goldstein. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATABANE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de* civil law *e* common law: uma análise de direito comparado. São Paulo: RT, 2008. p. 70. É importante esclarecer que Stephen Goldstein, com mais vinte seis pessoas, enviou relatórios a respeito do tratamento da tutela coletiva em seus países para a realização do XIII Congresso Mundial de Direito Processual em Salvador/BA, ocorrido entre 16 a 22 de setembro de 2007, que posteriormente foram sistematizados resultando na obra retromencionada.

[327] Idem, ibidem, p. 71.

Nessa esteira, Tore Schei assevera que “a ação coletiva pode ser usada pela classe ou contra ela”.[328]

d) Canadá

No Canadá as ações coletivas, que são denominadas *recours collectif*, estão previstas na esfera federal e provincial, e as primeiras províncias a legislarem sobre o assunto foram Quebec em 1979, Ontário em 1992 e British Columbia em 1995. [329]

Ainda no que concerne à expressão *recours collectif,* se traduzida para o português sem maiores detalhamentos, chega-se à conclusão que quer significar “recurso coletivo”, o que por sua vez, considerando nosso sistema jurídico, remete imediatamente ao meio de impugnação de decisão judicial.

No entanto, não é essa a conotação que lhe emprega a legislação canadense, mas sim no sentido das nossas ações coletivas. Nesses termos Eurico Ferraresi explica:

> O termo “recurso” utilizado pelo legislador quebequense não tem o mesmo sentido que lhe atribui o legislador brasileiro. No Brasil, “recurso” significa meio de impugnação de decisão judicial (Título X do CPC). “Recurso coletivo”, em Quebec, é o meio procedimental que permite a uma pessoa física, uma pessoa moral de direito privado, uma sociedade ou uma associação promover uma demanda, sem

---

328 Tradução livre da autora. No original: “a class action may be brought by or directed against a class”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATABANE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*, cit., p. 65.

329 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, cit., p. 145.

> mandato, representando toda a comunidade. Trata-se, portanto, de uma modalidade de ação coletiva denominada "recurso coletivo". O artigo 999, "d", do CPC de Quebec conceitua "recurso coletivo" nesses termos.[330]

As ações coletivas canadenses foram fortemente influenciadas pelas *class actions* norte-americanas (muito embora sejam bem mais flexíveis do que estas quanto a sua instauração e processamento),[331] inclusive no que se refere à admissibilidade das ações coletivas passivas.[332]

Nesse sentido, na esfera federal, as ações coletivas encontram guarida na *Rule* 114 das *Federal Court Rules* com a denominação de *representative proceedings*. Especificamente no que tange às ações coletivas passivas, sua permissividade decorre do que dispõe a *Rule* 114 (1). Observe: "Quando duas ou mais pessoas tiverem o mesmo interesse, a ação poderá ser instaurada por iniciativa ou em face de algum ou alguns deles, na qualidade de parte representativa de alguns ou de todos os demais".[333]

---

330 FERRARESI, Eurico. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo*, cit., p. 139.

331 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, cit., p. 147.

332 Eurico Ferraresi explica que, "como 85% dos negócios de Quebec realizam-se com os norte-americanos, era claro que o intercâmbio entre os países levaria, cedo ou tarde, à criação de uma ação coletiva em Quebec". *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo*, cit., p. 138.

333 Tradução livre da autora. No original: "Where two or more persons have the same interest in a proceeding, the proceeding may be brought by or against any one or more of them as representing some or all of them". FERRARESI, Eurico. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo*, cit., p. 146.

e) Colômbia

Na Colômbia, a tutela coletiva está prevista no artigo 88 da Constituição Política de 1991 que dispõe:

> A lei regulará as ações populares para a proteção dos direitos e interesses coletivos, relacionados com o patrimônio, o espaço, a seguridade e a saúde pública, a moral administrativa, o ambiente, a livre concorrência econômica e outros de natureza similar que se definem na lei.[334]

Além disso, a fim de regulamentar essa disposição constitucional, a Lei 472 de 1998, que possui 86 artigos, dispõe sobre *las acciones populares y de grupos.* Desse modo, é possível afirmar que existe um verdadeiro código na Colômbia.[335]

Quanto às ações coletivas passivas, apesar de inexistir disposição legal sobre a sua possibilidade, consoante assevera Ramiro Bejarano Guzmán, elas serão cabíveis, desde que cumpridos os requisitos estipulados na Lei 472 de 1998. Observe suas palavras:

> Não existe na Colômbia regulação constitucional nem legal sobre as ações coletivas passivas, [...] se na Colômbia fosse necessário formular uma ação popular ou de grupo contra um grupo, categoria ou classe, isso seria viável em ambos os casos, sempre que se cumpram as exigências da Lei 472 de 1998 [...] uma ação popular ou de grupo contra uma classe, categoria ou grupo, não seria diferente de qualquer outra ação popular ou de grupo.[336]

---

334 Tradução livre da autora. No original: “La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el património, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella”. Idem, ibidem, p. 129-130.

335 Relatório de Ramiro Bejarano Guzmán. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATABANE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*, cit., p. 46.

336 Tradução livre da autora. No original: “No existe en Colombia regulación constitucional ni legal sobre las acciones colectivas pasivas, [...] si en Colombia fuese necesario formular una acción

Portanto, em que pese a inexistência de dispositivo legal, a admissibilidade das ações coletivas passivas decorre do próprio sistema.

f) Paraguai

O Paraguai não possui normas específicas sobre processo coletivo, mas um conjunto esparso de leis, decretos e regulamentos que possibilitam a tutela coletiva ambiental, dos consumidores e a conservação do patrimônio cultural.[337]

Considerando que existem apenas leis setoriais em matéria de processos coletivos, não é de causar estranheza o fato de inexistirem prescrições a respeito das ações coletivas passivas, mas, não obstante isso, a doutrina paraguaia tem assentido que existe uma tendência em admitir a legitimação passiva de maneira ampla como o faz o Código Modelo de Processos Coletivos.[338]

g) Venezuela

A Constituição da República Bolivariana estabelece em seu artigo 26 que:

> Toda pessoa tem direito de acesso aos órgãos de administração da justiça para fazer valer seus direitos e interesses, inclusive os coletivos

---

popular o de grupo contra um grupo, categoría o clase, ello sería viable en ambos casos siempre que se cumplan las exigencias de la Ley 472 de 1998 [...] una acción popular o de grupo contra una clase, categoría o grupo, ella no sería diferente de cualquiera otra acción popular o de grupo". In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATABANE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*, cit., p. 51.

337 Relatório de Rodolfo Eduardo Pedro. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATABANE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*, cit., p. 200.

338 Idem, ibidem, p. 204.

> ou difusos, a tutela judicial efetiva dos mesmos e a obtenção com prontidão da decisão correspondente.[339]

Além dessa previsão constitucional, diversas leis abordam questões processuais relativas à legitimidade, tais como:[340]

– O n. 7 do artigo 6.o da Lei de Proteção ao Consumidor e ao Usuário estabelece que um dos direitos dos consumidores é justamente a proteção dos interesses coletivos ou difusos;

– Artigo 260 da Lei Orgânica do Poder Público Municipal dispõe que os municípios e demais organizações locais deverão favorecer a constituição e o desenvolvimento das diversas formas de organização da sociedade destinadas à defesa dos interesses coletivos;

– Artigo 170 da Lei Orgânica do Regime Municipal afirma que as associações de vizinhos estão destinadas à defesa dos interesses coletivos;

– Regulamento Parcial 1 da Lei Orgânica do Regime Municipal sobre a Participação da Comunidade aponta que um dos objetivos da Associação de Vizinhos é a preservação e o melhoramento da qualidade de vida de seus integrantes, e que para isso deverão fazer uso dos recursos administrativos e judiciais necessários para a preservação da legalidade urbanística e a proteção dos direitos dos vizinhos;

---

339 Tradução livre da autora. No original: “Toda persona tiene derecho de aceso a los organos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela judicial efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente”. Relatório de Carlos j. Sarmiento Sosa. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATABANE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*, cit., p. 113.

340 Idem, ibidem, p. 113-115.

– Artigo 102 da Lei Orgânica de Ordenação Urbanística estabelece que, caso existam construções ilegais ou com uso proibido, a Associação de Vizinhos ou qualquer outra pessoa com interesse pessoal, legítimo e direto poderão solicitar à autoridade judicial a paralisação das atividades ou o fechamento do estabelecimento;

– Código Orgânico de Processo Penal prevê a legitimidade do Ministério Público para propor ação civil quando tiverem sido afetados interesses coletivos ou difusos;

– Lei Orgânica para a Proteção da Criança e do Adolescente atribui aos Conselhos Estaduais de Direitos o ingresso de ações para proteção contra a violação ou ameaça dos direitos difusos ou coletivos das crianças e adolescentes ocorridos em sua jurisdição.

Como se pode observar, a Venezuela possui um extenso rol de leis versando sobre a tutela coletiva, contudo não existe nenhuma lei dispondo acerca das ações coletivas passivas, o que não tem impedido a jurisprudência de reconhecer seu cabimento.

É o que se pode retirar da sentença prolatada pela Sala Constitucional do Tribunal Supremo de Justiça (SC-TSJ), datado de 30 de junho de 2000. Acompanhe:

> [...] estes direitos de proteção cidadã não estão necessariamente dirigidos contra o Estado ou seus entes, podem ser orientados contra particulares, organizações com ou sem personalidade jurídica, e talvez

> no futuro, no plano internacional, conforme os Tratados Internacionais, até contra outros Estados.[341]

Curioso notar que a ação coletiva passiva não só é admitida, como se chega a um fazer prognóstico de que, no futuro, será possível figurar no pólo passivo de uma ação um país, em caso de descumprimento das disposições de um Tratado Internacional.

h) Argentina

A tutela coletiva foi introduzida na Argentina na década de 90, por meio das disposições legais constantes das províncias de La Pampa, Santa Fé, Terra Del Fuego, Antártida e Islãs del Atlántico Sur.[342]

Já na esfera federal em 1993 foi editada a Lei de Defesa do Consumidor,[343] que previa a legitimidade não apenas às pessoas afetadas diretamente, mas também às associações de consumidores, desde que na forma de pessoa jurídica, de autoridade nacional ou local, e que tenha como objetivo a defesa dos consumidores.

---

[341] Tradução livre da autora. No original: "[...] estos derechos de protección ciudadana no están necesariamente dirigidos contra el Estado o sus entes, sino que pueden ir orientados contra particulares, hacia organizaciones con o sin personalidad jurídica, y tal vez en un futuro, en el plano internacional, conforme a los Tratados Internacionales, hasta contra otros Estados". Relatório de Carlos j. Sarmiento Sosa. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATABANE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*, cit., p. 122.

[342] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, cit., p. 168.

[343] Lei Nacional 24.240, posteriormente alterada pelas Leis 24.568/95, 24.787/97 e 24.999/98. Vale lembrar que a mencionada lei argentina foi inspirada no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.

Mas a grande consagração da tutela coletiva ocorreu em 1994, com a reforma constitucional, em que a Argentina passou a prever, em sua Constituição no artigo 43, a *acción de amparo colectivo* destinada a tutelar o meio ambiente e os direitos dos consumidores e usuários de bens e serviços. Confira seu inteiro teor:

> Toda pessoa pode interpor ação expedita e rápida de amparo, sempre que não exista outro meio judicial mais idôneo, contra todo ato ou omissão de autoridades públicas ou de particulares, que na forma atual ou iminente lesione, restrinja, altere ou ameace, com arbitrariedade ou ilegalidade manifesta, direitos e garantias reconhecidos por esta Constituição, um tratado ou uma lei. No caso, o juiz poderá declarar a inconstitucionalidade da norma em que se funda o ato ou omissão lesiva. Poderão interpor esta ação contra qualquer forma de discriminação e no relativo aos direitos que protegem o ambiente, a competência ao usuário e ao consumidor, assim como aos direitos de incidência coletiva em geral, ao afetado, o defensor do povo e as associações que contenham esses fins, registradas conforme a lei, que determinará os requisitos e formas de sua organização.[344]

Portanto, as ações de amparo tornaram-se "o instrumento mais importante para a tutela dos interesses coletivos no direito argentino",[345] não obstante o seu caráter subsidiário.

Além disso, também integram o rol de leis que tutelam interesses coletivos: o Código Processual Constitucional da Província de Tucumán – Lei 6.944/1999,

---

[344] Tradução livre da autora. No original: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más inóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manisfesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juiz podrá declarar La inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a al competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización". MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, cit., p. 169.

[345] PINTO JÚNIOR, Alexandre Moreira. A tutela coletiva no direito argentino. *Revista de Processo,* São Paulo: RT, ano 30, n. 124, p. 167, jun. 2005.

capítulo V, *Amparos colectivos*; Província de Catamarca – Lei 5.034/2001; Lei de Política Nacional Ambiental, Lei 25.675; Código Provincial de Implementação dos Direitos dos Consumidores e Usuários da Província de San Juan, Lei 7714; Novo Código Processual Civil e Comercial de Rio Negro, versando sobre os direitos individuais homogêneos.

Como se pode observar, vasto é o leque de leis dispondo sobre a tutela coletiva argentina, entretanto, no que concerne às ações coletivas passivas, não existe nenhuma previsão legal, o que não tem impedido que a doutrina reconheça o seu cabimento.[346]

i) Portugal

Portugal é um dos seletos países[347] que já conta com um verdadeiro sistema de processos coletivos.

Desde a Constituição da República Portuguesa, datada de 2 de abril de 1976, já havia prescrição no artigo 52.o, n. 1,[348] para a tutela dos direitos coletivos por meio da ação popular, que teve seu conteúdo preenchido com o advento da Lei Complementar 1/89 e posteriormente com a Lei Constitucional 1/97.

---

[346] Relatório de Enrique M. Falcón. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATABANE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*, cit., p. 102.

[347] Juntamente com o Brasil, Colômbia, Israel, Noruega, Suécia e as Províncias de Catamarca e Rio Negro na Argentina. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATABANE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common Law*, cit., p. 31.

[348] Artigo 52.º, n. 1. "Os cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou coletivamente, aos órgãos de soberania ou a quaisquer autoridades petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral e bem assim o direito a serem informados, em prazo razoável, sobre o resultado da respectiva apreciação."

Atualmente, a tutela coletiva encontra previsão constitucional no artigo 52.o, n. 3,[349] e na Lei 83/95, a conhecida Lei da Acção Popular, que regulamentou a ação popular, dando-lhe efetividade, pois, como bem asseverou Rodrigo Mazzei:

> Com a entrada em vigor desse diploma legal, superou-se uma angustiante inconstitucionalidade por omissão, uma vez que a norma prevista no artigo 52.º, n. 3, da Constituição da República Portuguesa era, por muitos, considerada inexeqüível por si mesma.[350]

No que se refere à ação coletiva passiva, muito embora ainda não exista previsão legal expressa, de acordo com o português Carlos Manuel Ferreira da Silva,[351] não existe nenhum óbice para que a lei as discipline, revelando a forte influência que o Código Modelo de Processos Coletivos exerce sobre a legislação lusitana.

Depois dessa pequena abordagem a respeito do cabimento das ações coletivas passivas em vários ordenamentos jurídicos estrangeiros, pode-se constatar que esse não é um assunto peculiar ao ordenamento brasileiro, e sim um reflexo de que o direito necessita ajustar-se aos novos reclames sociais, considerando que a sociedade extremamente massificada origina conflitos de massas e entre massas.

---

349 Artigo 52.º, n. 3. "É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de ação popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indenização, nomeadamente para:

Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infrações contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do patrimônio cultura;

Assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autônomas e das autarquias locais."

350 MAZZEI, Rodrigo. Tutela coletiva em Portugal: uma breve resenha. In: ———; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 660-661.

351 GRINOVER, Ada Pellegrini; WATABANE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*, cit., p. 41.

2.2 Conceito

Conceituar algo não é uma tarefa fácil, pois se pode incorrer em muitos erros, visto que alguns pontos podem ficar esquecidos ou simplesmente não ser devidamente abordados em todas as suas nuances.

Essa tarefa torna-se ainda mais árdua quando se trata de conceituar um instituto novo, pelo menos no que se refere ao seu aspecto legal, tendo em vista que não existe disposição expressa versando a respeito da ação coletiva passiva no ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar de o tema das ações coletivas passivas ser relativamente novo no cenário jurídico brasileiro, alguns doutrinadores já se debruçaram sobre o assunto, servindo-se é bem verdade das definições das *defendant class actions* norte-americanas. Assim, vale a pena colacionar alguns conceitos encontrados na doutrina pátria.

De acordo com as lições de Fredie Didier Júnior, a ação coletiva passiva se perfaz quando:

> [...] um agrupamento humano (titular do direito coletivamente considerado) for colocado como sujeito passivo de uma relação jurídica afirmada na petição inicial – formula-se demanda contra os interesses de uma dada comunidade, coletividade ou grupo de pessoas. Os direitos afirmados pelo autor da demanda coletiva podem ser individuais ou coletivos (*lato sensu*) – nessa última hipótese, há uma ação duplamente coletiva, pois o conflito de interesses envolve duas comunidades distintas.[352]

[352] DIDIER JÚNIOR, Fredie. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC). In: MAZZEI, Rodrigo Dias; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo*

Diogo Campos Medina Maia, por sua vez, define a ação coletiva passiva brasileira como:

> O direito apto a ser legítima e autonomamente exercido, de modo ordinário ou extraordinário, por pessoas naturais, jurídicas ou formais, em face de um ente coletivo com legitimidade extraordinária, conforme possibilidade inferida do ordenamento jurídico, a fim de exigir a prestação jurisdicional, com o objetivo de tutelar interesses ou direitos homogeneamente lesionados, ou ameaçados de lesão, independente de seu caráter individual ou coletivo.[353]

Das definições supramencionadas o que se pode retirar de mais relevante é o fato de que, apesar de a ação coletiva passiva constituir uma espécie do gênero ação coletiva, é mais um importante mecanismo de acesso à justiça, apto a tutelar não apenas os direitos metaindividuais (assim entendidos os direitos difusos, coletivos *stricto sensu*, individuais homogêneos pela via "acidentalmente coletiva"), mas também os direitos puramente individuais lesionados ou ameaçados de lesão por uma coletividade, aumentando assim o rol de direitos individuais cuja proteção se dá na forma coletiva.[354-355]

---

civil coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 99-100.

353 MAIA, Diogo Campos Medina. *Fundamentos da ação coletiva passiva*. 2006. Dissertação (Mestrado do Programa de Pós-graduação em Direito Processual) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 68.

354 Comungando do entendimento de que as ações coletivas passivas podem ter como objeto tanto direitos metaindividuais como puramente individuais: DINAMARCO, Pedro da Silva. Las acciones colectivas pasivas en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. In: GIDI, Antônio Carlos Oliveira; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogeneos* – hacia um Código Modelo para Iberoamérica. 2. ed. México: Porrúa, 2004. p. 133.

355 Contudo, essa afirmação não é assente na doutrina. José Marcelo Menezes Vigliar, por exemplo, entende que as ações coletivas passivas só são cabíveis para tutelar direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos, eis que apenas nessas hipóteses, caso haja uma condenação coletiva, será possível aferir o quinhão condenatório de cada representado. *Defendant class action* brasileira: limites propostos para o "Código de Processos Coletivos". In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 320.

Vale salientar que o principal ponto diferenciador entre as ações coletivas ditas ativas e as ações coletivas passivas, segundo dispõe Diogo Campos Medina Maia: “[...] não é o tipo de direito que se pretende defender, mas *a forma como os direitos são ameaçados ou lesionados*, o que é diferente”.[356]

Além disso, Antônio Carlos Oliveira Gidi faz um importante alerta ao afirmar que as ações coletivas passivas não podem ser conceituadas simplesmente como uma ação coletiva ativa ao contrário.[357] Tratando-se da ocorrência de ação coletiva passiva versando sobre direitos metaindividuais, Antônio Carlos Oliveira Gidi [358] aponta para o caso em que uma categoria de trabalhadores litiga em desfavor de uma categoria de empregadores com o fito de obter reajuste salarial, hipótese que configura a denominada ação duplamente coletiva.

Todavia, no tocante à possibilidade de tutelar direito puramente individual por meio de ação coletiva passiva, em um primeiro momento pode causar certa estranheza, mas essa não é uma particularidade atinente apenas às ações coletivas passivas, posto que o próprio Código de Defesa do Consumidor já havia tutelado direitos individuais na forma coletiva, quando fez referência à categoria dos direitos individuais homogêneos, cuja essência, na realidade, é de direito individual, mas que são tratados na forma coletiva, como muito bem explicitado por José Carlos Barbosa Moreira.[359]

---

356 MAIA, Diogo Campos Medina. *Fundamentos da ação coletiva passiva*, cit., p. 68.

357 GIDI, Antônio Carlos Oliveira. Notas críticas al anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesual. In: ———; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogeneos* – hacia un Código Modelo para Iberoamérica. 2. ed. México: Porrúa, 2004. p. 411.

358 *A* class action *como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2007. p. 390-391.

359 Ações coletivas na Constituição Federal de 1988, cit., p. 187-188.

Com o mesmo entendimento, Teori Albino Zavascki[360] também já se pronunciou afirmando que os direitos individuais homogêneos não passam de direitos individuais que foram tratados na forma coletiva.

No que tange às possibilidades de ocorrência da ação coletiva passiva, esclarecedoras são as lições de Fredie Didier Júnior, e por isso vale a pena transcrevê-las integralmente:

> Há situações jurídicas coletivas ativas e passivas. Essas situações relacionam-se entre si e com as individuais.
>
> Um direito coletivo pode estar correlacionado a uma situação passiva individual (p. ex.: o direito coletivo de exigir que uma determinada empresa proceda à correção de sua publicidade). Um direito individual pode estar relacionado a uma situação jurídica passiva coletiva (p. ex.: o direito do titular de uma patente impedir a sua reiterada violação por um grupo de empresas). Um direito coletivo pode estar relacionado, finalmente, a uma situação jurídica coletiva (p. ex.: o direito de uma categoria de trabalhadores a que determinada categoria de empregadores reajuste o salário-base).
>
> Haverá uma ação coletiva passiva, portanto, em toda demanda onde estiver em jogo uma situação coletiva passiva. Seja como correlata a um direito individual, seja como correlata a um direito coletivo.[361]

O fato de a coletividade estar situada no pólo passivo de uma relação jurídica processual só demonstra que, da mesma forma como é possível que figurem no pólo ativo de uma demanda por serem titulares de direitos que podem e devem ser protegidos, também são titulares de obrigações, e, em decorrência disso, não só

---

[360] Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 34.

[361] DIDIER JÚNIOR, Fredie. Situações jurídicas coletivas passivas: o objeto das ações coletivas passivas. In: ———; MOUTA José Henrique (Coord.). *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 212.

podem como devem figurar no pólo passivo de determinada demanda processual para que sejam responsabilizados por seus atos.

2.3 Classificação

2.3.1 Quanto ao número de demandantes no pólo ativo

As ações coletivas passivas podem comportar duas espécies: a ação coletiva passiva comum ou ordinária e a ação duplamente coletiva.[362]

A ação coletiva passiva comum ou ordinária é aquela em que no pólo ativo da relação jurídica processual figuram um ou mais demandantes individuais que defenderão direito próprio contra determinada coletividade.[363]

Exemplificando esse tipo de ação, Diogo Campos Medina Maia cita os casos de dissídio coletivo na Justiça do Trabalho em que uma empresa (demandante individual) litiga em desfavor de um sindicato de trabalhadores (demandante coletivo) em razão de uma greve abusiva.[364]

Já a ação duplamente coletiva, como fora mencionado no item anterior, ocorrerá quando figurarem duas coletividades tanto no pólo ativo como no pólo passivo da relação jurídica processual.[365]

---

362 Nesse sentido: MAIA, Diogo Campos Medina. *Fundamentos da ação coletiva passiva*, cit., p. 68-69; DIDIER JÚNIOR, Fredie. Situações jurídicas coletivas passivas, cit., p. 211-213, passim.

363 MAIA, Diogo Campos Medina. Ibidem, p. 68-69.

364 Idem, ibidem, p. 69.

365 DINAMARCO, Pedro da Silva. Las acciones colectivas pasivas en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, cit., p. 133.

Esse tipo de ação também é facilmente encontrado na Justiça do Trabalho, nos casos em que duas coletividades estão situadas em pólos opostos da relação jurídica processual, isto é, sindicatos das categorias profissionais de empregadores de um lado, e de outro, sindicatos das categorias profissionais de empregados.

2.3.2 Quanto à origem

A ação coletiva passiva também pode ser classificada segundo sua origem em: ação coletiva passiva independente ou originária e ação coletiva passiva incidente ou derivada.[366]

A ação coletiva passiva independente ou originária é aquela que instaura um processo coletivo sem nenhum vínculo com uma ação coletiva anterior. [367] É o caso, por exemplo, de uma ação proposta pelo Ministério Público contra uma associação de moradores do bairro que estivessem bloqueando o acesso de automóveis a algumas ruas.[368]

Por outro lado, a ação coletiva passiva incidente ou derivada é aquela decorrente de outra ação coletiva ativa ou duplamente coletiva proposta pelo réu desse processo originário.[369] É o caso, por exemplo, da ação rescisória de ação coletiva ativa, pois os pólos se invertem tornando o autor da demanda anterior

---

366 Preferindo as expressões “originária” e “derivada”: DIDIER JÚNIOR, Fredie. Situações jurídicas coletivas passivas, cit., p. 213.

367 Nesse sentido: DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR. Processo coletivo passivo. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 33, n. 165, p. 32, nov. 2008.

368 GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense,* Rio de Janeiro: Forense, ano 98, v. 361, p. 7, maio-jun. 2002.

369 Nesse sentido: DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR. Processo coletivo passivo, cit., p. 32.

réu nesse novo processo; da ação cautelar incidental; da reconvenção em ação coletiva e dos embargos do executado em execução coletiva.

2.4 Fundamentos

Nesse tópico serão abordados os diferentes argumentos utilizados para que se possa sustentar a tese defendida neste trabalho, qual seja a existência das ações coletivas passivas no ordenamento jurídico brasileiro, passando-se primeiramente por uma constatação de que a realidade social hodierna impõe que sejam elididas questões em que uma coletividade se encontra no pólo de uma demanda, e não o contrário, como é usual; depois será demonstrado que o uso desse instrumento é recorrente na prática judiciária, bem como serão apontados os fundamentos extraídos do próprio microssistema das ações coletivas, e por último um fundamento de natureza constitucional que robustece de uma vez por todas o cabimento das ações coletivas passivas.

Não obstante, é bom deixar claro que, muito embora a proposta deste trabalho seja demonstrar o cabimento das ações coletivas passivas no ordenamento jurídico brasileiro sem que seja necessária qualquer alteração legislativa, isto é, trata-se de uma proposta defendida *de lege lata*, reconhecemos a necessidade e importância de uma alteração legislativa para que não pairem mais dúvidas sobre o assunto, o que ainda assim não implica concluir que as discussões estarão encerradas.

2.4.1 Realidade social

Como já foi afirmado outrora,[370] após a Revolução Industrial no século XVIII houve uma perene intensificação das relações econômico-sociais, modificando de

[370] Ver Capítulo 1, item 1.4.1.

forma definitiva o cenário mundial, ensejando o surgimento das classes operárias, que com o passar do tempo foram se tornando cada vez mais presentes, fortalecidas, coesas e detentoras de muitos direitos, reclamando assim novas formas de solução dos litígios.

É fato que o direito material já dispunha de alguns mecanismos aptos a solucionar as demandas coletivas, por exemplo: a convenção coletiva de trabalho (artigo 611, *caput*, § 1.º, da Consolidação das Leis Trabalhistas);[371] o acordo coletivo (artigo 611, § 1.º, da Consolidação das Leis Trabalhistas);[372] o dissídio coletivo (artigo 114 da Constituição Federal);[373] a convenção coletiva de consumo, que, caso seja descumprida, pode ensejar demanda judicial em que as entidades de proteção ao consumidor figurarão no pólo passivo (artigo 107 do Código de Defesa do Consumidor);[374] a usucapião coletiva (artigo 10 do Estatuto da Cidade);[375] e a teoria da responsabilidade anônima ou coletiva que consiste na "responsabilização

---

371 Artigo 611, *caput*. "Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho."

372 Artigo 611, § 1.º "É facultado aos sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho."

373 Artigo 114. "Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas." A Consolidação das Leis Trabalhistas também prevê o dissídio coletivo no artigo 856 e seguintes.

374 Artigo 107. "As entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo."

375 Artigo 10. "As áreas urbanas com mais de 250m², ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por 5 (cinco) anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são suscetíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural."

do grupo caso o ato gerador da lesão tenha sido ocasionado pela união de pessoas, sendo impossível individualizar o autor ou os autores específicos do dano".[376]

Ocorre que, atualmente, os conflitos envolvendo a coletividade, muitas vezes, a colocam no pólo passivo da relação processual, ou seja, a demanda deve ser proposta contra a coletividade, seja nos casos em que um indivíduo litiga em desfavor da coletividade, seja nos casos em que duas coletividades se encontram em pólos opostos.

Assim, diante dessa nova realidade social surgiu a necessidade de pensar e discutir um novo instituto jurídico, visto que o aparato processual existente até o momento já se encontrava defasado para tutelar os problemas advindos da denominada "sociedade de massas", pois, da mesma forma que a coletividade foi angariando direitos, deveres coletivos, estes também precisavam ser obedecidos.

Com efeito, foi nesse ínterim que apareceu o novel instrumento jurídico-processual das ações coletivas passivas, com incisiva influência das *defendant class actions* norte-americanas, como uma forma de solucionar o conflito entre massas, pois, como bem assevera Fredie Didier Júnior, "na sociedade de massas há conflitos *de* massa e conflitos *entre* massas [...]. É preciso agora pensar nos 'deveres' de uma coletividade".[377]

Desse modo, a discussão a respeito do instituto das ações coletivas passivas não se trata de mero debate acadêmico, e sim de uma constatação da realidade

---

376 MAIA, Diogo Campos Medina. A ação coletiva passiva, cit., p. 338.

377 DIDIER JÚNIOR, Fredie. Situações jurídicas coletivas passivas, cit., p. 218.

social hodierna, na qual o direito, como instrumento a serviço da sociedade que é, deve evoluir, moldando-se às novas necessidades.

2.4.2 Prática judiciária

A prática judiciária em diversos Estados da federação brasileira vem se deparando com vários casos em que o instrumento da ação coletiva passiva é não apenas cabível, mas imprescindível para o perfeito deslinde da controvérsia, situação notada principalmente na Justiça do Trabalho.[378] É o que veremos a seguir.

No Judiciário paulistano, há algum tempo foi observado um movimento de ações judiciais promovidas pelo Ministério Público em desfavor das conhecidas torcidas organizadas Mancha Verde, Tricolor Independente e Gaviões da Fiel, o que resultou nas suas extinções, fazendo com que os seus ex-associados ficassem impedidos de ingressar nos estádios de futebol trajando roupas que fizessem alusão às torcidas organizadas extintas. Esse fato demonstrou claramente a necessidade de viabilizar o controle jurisdicional da coletividade.

Em uma dessas ações, o Ministério Público peticionou pela dissolução da torcida organizada Gaviões da Fiel, sob o argumento de desvio de finalidade, visto que seu objetivo deveria ser incentivar o esporte e não incitar e praticar a violência, [379] no que teve seu pedido julgado improcedente em primeiro grau, mas obteve a

---

[378] Nesse sentido José Marcelo Menezes Vigliar afirma: "A jurisprudência brasileira vem reconhecendo o cabimento dessa ação (a *defendant class action* do sistema norte-americano), mas sem parâmetros que rejam sua admissibilidade e o regime da coisa julgada. *Defendant class action* brasileira, cit., p. 312, nota de rodapé n. 9.

[379] Processo 2678/1997 da 13.ª Vara Cível de São Paulo.

reforma da decisão por meio do recurso de apelação cível, cancelando o registro da referida torcida organizada.[380]

Apesar de o *Parquet* não ter lançado mão propriamente do instituto da ação coletiva passiva, aproveitou o fato de existir pessoa jurídica regularmente constituída para indicá-la como ré no processo, a fim de solucionar o litígio.

No Distrito Federal também foi observado um caso de ação coletiva passiva em razão de uma greve nacional promovida pelos policiais federais, motivo pelo qual o Governo Federal ingressou com ação judicial em face da Federação Nacional dos Policiais Federais (Fenapef) e do Sindicato dos Policiais Federais do Distrito Federal (Sindipol/DF), a fim de que retornassem às atividades.[381]

Outros casos de ação coletiva passiva foram registrados no Rio de Janeiro. Um primeiro caso referia-se a uma ação civil pública impetrada pelo Estado do Rio de Janeiro contra a Associação dos Defensores Públicos estaduais por terem deflagrado uma greve. Todavia, esse processo foi extinto sem julgamento de mérito por ausência de legitimidades da parte ré, o que não retira a peculiaridade de ter se consubstanciado uma ação coletiva passiva.[382]

Num segundo caso, o Estado do Rio de Janeiro promoveu ação em desfavor do Sindicato dos Servidores da Secretaria de Justiça, sob o mesmo argumento de greve. Ocorre que, nessa circunstância, a ação foi julgada procedente, ou seja, a decisão foi contrária aos interesses dessa coletividade.[383]

---

380 Apelação cível 102.023-4/3.

381 Processo 2004.34.00.010685-2 da 7.ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

382 Processo 2005.001.072625-0 da 7.ª Vara da Fazenda Pública do Rio de Janeiro.

383 Processo 2004.001.071875-4.

Mais um exemplo de ação coletiva passiva ocorreu em Baturité, no Estado do Ceará, onde o Ministério Público ajuizou ação civil pública em face de alguns comerciantes por utilizarem de forma indevida as calçadas para venda de produtos.[384]

Ainda existe notícia de ação coletiva passiva em Curitiba no Estado do Paraná, onde o Ministério Público ingressou com ação civil pública contra o Sindicato dos Postos Revendedores de Combustíveis, objetivando com isso estabelecer um teto máximo para os lucros da categoria que eles representavam.[385]

Portanto, como se pode observar dos inúmeros exemplos descritos, as ações coletivas passivas constituem uma realidade do Judiciário brasileiro, pois em todos os casos a coletividade insere-se no pólo passivo da demanda processual, demonstrando que faticamente não há como discutir a existência das ações coletivas passivas.

2.4.2.1 Dissídio coletivo

Além desses exemplos, a Justiça do Trabalho há muito vem julgando ações coletivas passivas quando se trata de dissídios coletivos, e, por serem tão recorrentes, merecem uma análise em apartado.

Os dissídios coletivos podem ser definidos como ações judiciais impetradas que objetivam "[...] criar normas, através de pronunciamentos jurisdicionais

---

[384] Processo 2000.0173.3752-7/0 da 2.ª Vara Cível da Comarca de Baturité, Ceará.

[385] Ação Civil Pública 1.016/2004 da 2.ª Vara Cível de Curitiba, Paraná.

dos Tribunais Trabalhistas, que estabelecem novas condições de trabalho para categorias de empregados integradas por número indeterminado de indivíduos".[386]

Complementando esse objetivo, Ronaldo Lima dos Santos afirma que o dissídio coletivo ainda pode ser útil "[...] para dirimir questão quanto à aplicação ou interpretação de determinada norma jurídica".[387]

No dissídio coletivo, todas as entidades que possuem legitimação ativa podem figurar no pólo passivo da relação jurídica processual, ou seja, podem figurar como parte: organizações sindicais de empregadores contra organizações sindicais de empregados ou organizações sindicais de empregadores contra uma ou mais empresas.[388] Apenas o Ministério Público do Trabalho não integrará o pólo passivo desses conflitos coletivos de trabalho.

Diferentemente do que ocorre com as decisões proferidas nas ações coletivas em que a coisa julgada opera *secundum eventum litis*, isto é, a depender do resultado do processo, como se extrai do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, nos dissídios coletivos a sentença normativa[389] abrange toda a categoria,[390] independentemente de ter sido favorável ou não, parcial ou total.

---

386 GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 273.

387 SANTOS, Ronaldo Lima dos. "Defendant class actions" o grupo como legitimado passivo no direito norte-americano e no Brasil, cit., p. 149.

388 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 1999. p. 579.

389 Nome dado às decisões proferidas em dissídios coletivos.

390 Artigo 8.º, inciso III, da Constituição Federal. "Ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas."

Não obstante essa característica díspar entre essas ações, é possível traçarmos um paralelo entre elas, afirmando que a sentença normativa possui eficácia *ultra partes,*[391] ou seja, limita-se a alcançar a categoria ou grupo de trabalhadores envolvidos na relação processual, do mesmo modo como acontece com as ações coletivas que tutelam os direitos coletivos *stricto sensu*.

Outro aspecto que diferencia o dissídio coletivo das ações coletivas é o fato de que aquelas, via de regra, não possuem natureza condenatória como as ações coletivas, exceto no que se refere a custas processuais, portanto as decisões freqüentemente são de cunho constitutivo ou declaratório.

No entanto, Ronaldo Lima dos Santos adverte que já existem muitos casos de greve em serviços essenciais em que são propostas ações civis públicas contra os sindicatos com o fito impor uma obrigação de fazer no sentido de que haja um mínimo de trabalhadores que continuem executando as funções para os quais foram designados, sob pena de multa diária, que, é bem verdade, deverá ser paga pelo sindicato, o que não descaracteriza o fato de tratar-se de uma obrigação de fazer.[392]

Ainda a respeito da diferenciação entre dissídio coletivo e ação coletiva, vale a pena colacionar as lições de Claudia de Abreu Lima Pisco:

> [...] os dissídios coletivos são uma espécie de ação coletiva trabalhista para dirimir conflitos de ordem social/econômica entre capital e trabalho criando ou interpretando normas abstratas para toda uma categoria,

---

391 Artigo 103, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor.

392 SANTOS, Ronaldo Lima dos. “Defendant class actions” o grupo como legitimado passivo no direito norte-americano e no Brasil, cit., p. 148.

> de competência originária dos tribunais do trabalho, regionais ou superior.
>
> Nos demais casos em que se pretende apenas a defesa em juízo de direitos difusos e/ou coletivos (ou mesmo de individuais homogêneos) violados ou na iminência de o serem, sem este propósito de solucionar conflitos de "categorias", adequado será o uso das ações coletivas comuns [...].[393]

Ex positis, é inegável a existência das ações coletivas passivas no âmbito da Justiça do Trabalho, o que só reforça, respalda e valida a tese aqui defendida, de que a coletividade está figurando no pólo passivo de muitos processos coletivos, impedindo que fechemos os olhos para essa realidade do Judiciário brasileiro.

2.4.2.2 Ações coletivas passivas incidentes ou derivadas

Consoante assinalado em algumas linhas passadas,[394] uma das formas de originar uma ação coletiva passiva é justamente por meio da impetração inaugural de uma ação coletiva ativa.

Isso quer significar que, caso não se entenda pelo cabimento das ações coletivas passivas, não será possível explicar o ajuizamento de reconvenção, de ação declaratória incidental, de ação rescisória intentada com a finalidade de rescindir sentença de procedência prolatada em ação coletiva, de cautelar incidental ou os embargos do executado e de terceiro em execução coletiva, considerando que inexiste proibição legal.

---

393 PISCO, Claudia de Abreu Lima. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, os dissídios coletivos e outras ações coletivas trabalhistas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 411-412.

394 Item 2.3.2.

Tratando-se de processo coletivo, a reconvenção não é admitida sob o argumento de que o artigo 315, parágrafo único, do Código de Processo Civil[395] inviabiliza esse instituto.[396]

No entanto, admite-se a ocorrência da reconvenção em ações coletivas ativas na mesma medida em que se admite a ação coletiva passiva ordinária.[397]

O único óbice a essa afirmação é quando se tratar de o Ministério Público figurar como legitimado passivo nessas ações incidentes, posto inexistir personalidade jurídica. Então, a solução que se impõe é a inclusão da União ou do Estado-membro de acordo com o caso concreto, mas existem algumas situações em que isso não será possível, razão pela qual esse assunto será retomado em momento oportuno.[398]

Assim, ressalvada essa situação particular do Ministério Público, o réu da reconvenção deve possuir legitimidade passiva da mesma forma que se fosse réu em ação coletiva passiva ordinária, pois o fundamento de existência da reconvenção é justamente valorizar a economia processual e a celeridade, considerando que não existe nenhum óbice ao réu em propor nova ação iniciando assim outro processo.

---

395 Artigo 315. "O réu pode reconvir ao autor no mesmo processo, toda vez que a reconvenção seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa.

Parágrafo único. Não pode o réu, em seu próprio nome, reconvir ao autor, quanto este demandar em nome de outrem."

396 Nessa linha: ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*, cit., p. 106-107; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, cit., p. 206; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*, cit., p. 225-226; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 319.

397 Com o mesmo entendimento: MAIA, Diogo Campos Medina. *Fundamentos da ação coletiva passiva*, cit., p. 153.

398 Esse assunto será retomado no Capítulo 3, item 3.1.6.1, ao tratarmos especificamente da legitimidade do Ministério para ser réu.

Portanto, não há que falar que a reconvenção é um instituto processual utilizado tão-somente para prejudicar a coletividade.

É nesse sentido que Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior admitem a reconvenção em processos coletivos:

> Se o réu reconvier, deduzindo demanda coletiva passiva, para a qual o autor originário possua legitimação coletiva passiva, e essa demanda for conexa com a ação principal, não há óbice à admissibilidade da reconvenção, visto que por ela se afirma direito em face do substituído.[399]

E continuam mencionando um exemplo que pode clarificar a situação:

> O réu na ação popular, enquanto cidadão, também tem legitimidade para propor a ação popular; nada impede, a princípio, que proponha ação popular contra aquele que promoveu inicialmente a ação popular de que é réu; essa ação popular reconvencional pode ser conexa com a causa principal (e muito possivelmente o será, até mesmo em razão de eventual prejudicialidade ou preliminaridade); assim, impedir a reconvenção seria postura de muito pouco valor prático. É que, propondo demanda autônoma, haveria reunião dos processos por conexão (art. 5.º, parágrafo 3.º, Lei n. 4.717/65).[400]

No que se refere à ação declaratória incidental[401] requerida pelo réu em ação coletiva, o raciocínio desenvolvido para a reconvenção pode ser aproveitado, inclusive no que se refere à exceção feita ao Ministério Público, pois, caso não seja admitida a ação declaratória incidental, é possível que se instaure outra ação coletiva independente, desprestigiando, assim, a economia e celeridade processual,[402]

---

399 DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 300.

400 Idem, ibidem, p. 301.

401 Artigo 5.º do Código de Processo Civil. “Se no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença.”

402 Entendendo pelo cabimento da ação declaratória incidental nos processos coletivos: MAIA, Diogo Campos Medina. *Fundamentos da ação coletiva passiva*, cit., p. 153.

princípios tão festejados no processo civil comum, quanto mais tratando-se de tutela coletiva, dado que estão em jogo direitos pertencentes a uma coletividade.

Já nos casos de ação rescisória proposta pelo réu de ação coletiva passiva originária, cautelar incidental, embargos do executado ou embargos de terceiro, o fundamento de admissibilidade não se refere mais à economia e celeridade processual, mas sim no "direito fundamental a um provimento justo e efetivo. Não se fala em celeridade, mas em ampla defesa e acesso à justiça".[403]

Assim, desde que haja legitimação ativa, e considerando que inexiste proibição legal, os legitimados ativos poderão figurar no pólo passivo das referidas ações.

É bom lembrar que, mesmo aqueles que propugnam pela tese da impossibilidade da ocorrência da ação coletiva passiva *de lege lata*, nos casos de ação rescisória, cautelar incidental, embargos do executado ou embargos de terceiro admitem que os entes coletivos possam figurar como réu. É o caso, por exemplo, de Hugo Nigro Mazzilli que aduz:

> Existe razão para admitir-se que, em se tratando de embargos à execução, embargos do devedor, ação rescisória ou ação de rescisão de nulidade de compromisso de ajustamento de conduta, possa ser formada. Assim, não fosse, o executado, o terceiro prejudicado ou a parte contra quem se formou uma coisa julgada indevida, ficariam sem acesso à jurisdição, já que não teriam como desconstituir um título executório eventualmente viciado.[404]

E continua o referido autor mencionando exemplos práticos que permitem a exata ocorrência de uma ação coletiva passiva incidente ou derivada:

---

[403] MAIA, Diogo Campos Medina. *Fundamentos da ação coletiva passiva*, cit., p. 154.

[404] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 321.

> Uma ação civil pública, na fase da execução: se o executado apresentar embargos á execução, o exequente passará a figurar como embargado, ou seja, estará no pólo passivo da ação de embargos, por meio da qual o executado quer desconstituir o título executivo. Um outro exemplo: que não foi parte no processo coletivo pode sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial (penhora, sequestro, arresto, etc.); nesse casos poderá ajuizar embargos de terceiro à execução e as partes no processo principal (de conhecimento ou de execução) serão rés na ação de embargos. Mais um último exemplo. Suponhamos tenha advindo coisa julgada *erga omnes* em ação civil pública. Nada impede que, dentro do prazo da lei, o réu proponha ação rescisória, visando a desconstituir a coisa julgada; a coletividade, então, será substituída processualmente no pólo passivo da ação rescisória, pelo mesmo substituído processual que o acionara na ação anterior, ou pelo Ministério Público, parte *pro populo*, na falta daquele.[405]

Especificamente no caso de ação rescisória intentada com a finalidade de rescindir sentença de procedência prolatada em ação coletiva, já existe farta jurisprudência em diversos tribunais aceitando de forma pacífica a coletividade no pólo passivo,[406] inclusive o Superior Tribunal de Justiça.[407]

2.4.3 O microssistema das ações coletivas

Além desses argumentos relacionados com a realidade social e a prática judiciária brasileira, algumas disposições legais previstas no próprio microssistema

---

405 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 320.

406 No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro confiram-se os seguintes acórdãos: Ação Rescisória 2003.006.00178, Desembargador Laerson Mauro, j. 20.09.2004, Órgão Especial; Ação Rescisória 2000.006.00172, Desembargador João Wehbi Dib, j. 19.12.2001. No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: Ação Rescisória 70002947232, 2.º Grupo de Câmaras Cíveis, Relator Luiz Ari Azambuja Ramos, j. 14.06.2002; Ação Rescisória 70002705192, 2.º Grupo de Câmaras Cíveis, Relator Vasco Della Justina, j. 14.06.2002; Ação Rescisória 598398634, 1.º Grupo de Câmaras Cíveis, Relator Marco Aurélio Heinz, j. 07.04.2000.

407 AgReg no REsp 170958/SP, 2.ª Turma, Relator Ministro Franciulli Netto, j. 18.3.2004, *DJ* 30.06.2004, p. 282; REsp 596502/PR, 1.ª Turma, Relator Ministro José Delgado, j. 04.03.2004, *DJ* 17.05.2004, p. 151.

das ações coletivas, desde que devidamente interpretadas, podem servir como mais um dos sustentáculos que darão validade e robustecerão a tese da existência da ação coletiva passiva em nosso ordenamento jurídico sem a necessidade de alteração legislativa.

Poucos são os autores nacionais que se dedicam ao estudo das ações coletivas passivas.[408] E é bem verdade que entre esses poucos autores a grande maioria se posiciona de modo contrário ao seu cabimento.[409]

---

[408] Enfrentando o assunto com mais questionamentos: ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*, cit., p. 170-174; DIDIER JÚNIOR, Fredie. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC), cit., p. 95-105; DINAMARCO, Pedro da Silva. Las acciones colectivas pasivas en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, cit., p. 132-141; GIDI, Antônio Carlos Oliveira. *Coisa julgada e litispendência*, cit., p. 51-52; GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas, cit., p. 3-12; LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005. p. 207-214; MAIA, Diogo Campos Medina. *Fundamentos da ação coletiva passiva*, cit.; OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro de. Ações coletivas passivas no direito brasileiro. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8503>. Acesso em: 11 jun. 2008; RIBEIRO, Fábio Porto. *Ação rescisória no processo coletivo,* cit.; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant class action* brasileira: limites propostos para o "Código de Processos Coletivos, cit., p. 309-320; VIOLIN, Jordão. *Ação coletiva passiva*: fundamentos e perfis. Salvador: JusPodivm, 2008. E tratando do tema de modo menos incisivo: ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 70; ARAÚJO, Rodrigo Souza Mendes de. *A representação adequada nas ações coletivas.* 2007. Dissertação (Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direitos Difusos e Coletivos) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo; BUENO, Cassio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras, cit., p. 92-151; GRECO, Leonardo. A tutela jurisdicional dos interesses coletivos. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Humberto Parreiras; CAZZETA, Ubiratan (Org.). *Ação civil pública*: 20 anos da Lei n. 7.347/85. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 15-34; LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas:* história, teoria e prática, cit., p. 155; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, cit., p. 206; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*: conceito e legitimação para agir. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004. p. 184-188.

[409] ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 70; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*, cit., p. 170-174; DINAMARCO, Pedro da Silva. Las acciones colectivas pasivas en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica cit., p. 132-141, embora reconheça a utilidade do instituto, em razão da ausência de regra expressa, não admite; GIDI, Antônio Carlos Oliveira. *Coisa julgada e litispendência*, cit., p. 51-52; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, cit., p. 206; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 313-326, apesar de reconhecer algumas mitigações quando se tratar de embargos do devedor, embargos de terceiros, ação rescisória, ação de rescisão ou de anulação de compromisso de ajustamento de conduta.

Fredie Didier Júnior apresenta de forma resumida os argumentos contrários ao cabimento da ação coletiva passiva: inexistência de texto legal expresso; ainda que admissível o cabimento da ação coletiva passiva, existe o problema da identificação do representante adequado; e, por fim, o regime da coisa julgada coletiva que não pode prejudicar os direitos individuais, considerando o transporte *in utilibus* previsto no artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor.[410]

No que se refere ao primeiro argumento de que inexiste texto legal expresso permitindo o cabimento da ação coletiva passiva, a resposta a esse questionamento já foi parcialmente oferecida quando tratamos do tema atinente à realidade social brasileira e à prática judiciária,[411] demonstrando que essa presença da coletividade no pólo passivo das demandas já é recorrente no ordenamento jurídico pátrio, não havendo portanto como negá-la.

Além disso, outros argumentos serão acrescidos, nesse item e no próximo capítulo, robustecendo a tese do cabimento da ação coletiva passiva ainda que sem disposição legal expressa, dado que, de outro lado, também inexiste qualquer regramento expresso versando acerca de sua proibição.

Quanto aos demais argumentos contrários ao cabimento da ação coletiva passiva (a representação adequada e o regime jurídico da coisa julgada), em razão de sua importância para o perfeito deslinde da questão, serão tratados no próximo capítulo.

---

[410] DIDIER JÚNIOR, Fredie. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC), cit., p. 101.

[411] Itens 2.4.1 e 2.4.2, respectivamente.

Muito embora seja minoritária a doutrina que perfilha entendimento no sentido da ocorrência das ações coletivas passiva em nosso ordenamento jurídico,[412] isso não retira a importância e coerência de seus argumentos que podem ser assim resumidos:

1 – A realidade fática denota que na sociedade de massas atual extremamente conflituosa, os instrumentos jurídicos existentes já não dão conta de solucionar as novas formas de litígio que vêm surgindo, daí por que pensarmos no instituto da ação coletiva passiva, pois por vezes a coletividade está situada pólo passivo dessas demandas.[413]

2 – A conseqüência direta do argumento descrito acima é que o Judiciário brasileiro já conta com diversos casos em que a coletividade figura no pólo passivo da relação jurídica processual.[414]

---

412 DIDIER JÚNIOR, Fredie. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC), cit., p. 95-105; GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas, cit., p. 3-12; LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 207- 213; MAIA, Diogo Campos Medina. *Fundamentos da ação coletiva passiva,* cit.; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*, cit., p. 184-188, muito embora não instrumentalize com detalhes sua posição, inclina-se pela possibilidade de legitimidade passiva do grupo; OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro de. Ações coletivas passivas no direito brasileiro. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8503>. Acesso em: 11 jun. 2008; RIBEIRO, Fábio Porto. *Ação rescisória no processo coletivo*, cit.; RODRIGUES NETTO, Nelson. Subsídios para a ação coletiva passiva brasileira. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 32, n. 149, p. 79-103, jul. 2007; SANTOS, Ronaldo Lima dos. "Defendant class actions" o grupo como legitimado passivo no direito norte-americano e no Brasil, cit., p. 139-154; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant class action* brasileira: limites propostos para o "Código de Processos Coletivos, cit., p. 309-320, admitindo a ação coletiva passiva apenas tratando-se de direitos individuais homogêneos; VIOLIN, Jordão. *Ação coletiva passiva*, cit.

413 Argumento esposado por: MAIA, Diogo Campos Medina. *Fundamentos da ação coletiva passiva*, p. 54-60.

414 Idem, ibidem, p. 54-60; RIBEIRO, Fábio Porto. *Ação rescisória no processo coletivo*, cit., p. 228-230; DIDIER JÚNIOR, Fredie. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC), cit., p. 103-104; VIOLIN, Jordão. *Ação coletiva passiva*, cit., p. 21.

3 – A viabilização da ação coletiva passiva pode ser extraída da interpretação de alguns dispositivos previstos no próprio microssistema das ações coletivas.[415]

4 – A ação coletiva passiva é uma decorrência do direito constitucional fundamental de ação.[416]

No tocante aos dois primeiros argumentos já foram feitas as devidas considerações em tópicos anteriores deste capítulo demonstrando que eles reforçam o cabimento das ações coletivas passivas no ordenamento jurídico pátrio.[417] Deter-nos-emos agora na análise do quarto argumento, qual seja o microssistema das ações coletivas, enquanto o último argumento será estudado mais adiante.[418]

Entre os argumentos que são buscados no próprio microssistema das ações coletivas para defender o cabimento das ações coletivas passivas, destacamos o artigo 5.º da Lei da Ação Civil Pública e o artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, o artigo 107 do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor.

2.4.3.1 Artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor

Um dos mais robustos argumentos contrários ao cabimento das ações coletivas passivas é o fato de que o artigo 5.º da Lei da Ação Civil Pública[419] e

---

415 DIDIER JÚNIOR, Fredie. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC), cit., p. 103; GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas, cit., p. 3-12.

416 DIDIER JÚNIOR, Fredie. Ibidem, p. 104.

417 Itens 2.4.1 e 2.4.2.

418 Item 2.4.4.

419 Artigo 5.º "Tem legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
I – o Ministério Público;

o artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor[420] trataria tão-somente da legitimidade para a propositura de ações coletivas, portanto não havendo que falar na possibilidade de figurarem como réus nessas ações. Observe a explanação de Ricardo Barros Leonel que segue essa linha de raciocínio:

> Os dispositivos que tratam da legitimação falam em propositura de ações coletivas, e não em resposta a ações propostas (art. 5.º da Lei n. 7.347/85; art. 3.º da Lei n. 7.853/89; art. 1.º da Lei n. 7.813/89; art. 91 da Lei n. 8.078/90 e art. 29 da Lei n. 8.884/94, que, ao usar a expressão "poderão ingressar em juízo", deixa claro, no contexto, que se refere ao ajuizamento de ação; do mesmo modo, o art. 210 da Lei n. 8.069/90 que, ao utilizar a expressão "para ações cíveis fundadas em interesses coletivos", deixa claro que o fundamento da ação é o interesse metaindividual, e, portanto, a legitimação tratada é a ativa).[421]

Como se pode observar, o cerne da argumentação contrária ao cabimento das ações coletivas passivas está na compreensão da palavra "defesa" contida no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor,[422] que para a doutrina que se coloca

---

II – a Defensoria Pública;

III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V – a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico."

[420] Artigo 82. "Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I – o Ministério Público;

II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III – entidades e órgãos da administração pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código;

IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear."

[421] LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, cit., p. 206.

[422] Artigo 81. "A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo."

contra o cabimento das ações coletivas passivas tem o significado tão-somente de os legitimados poderem agir ativamente em juízo, e não de serem réus.[423]

Discordando desse sentido limitativo da palavra “defesa”, Fredie Didier Júnior afirma que: “não há qualquer indicativo no texto de lei que aponte para o sentido de que ‘defesa’, ali, somente significa ‘defesa no pólo ativo’, excluindo-se a ‘defesa no pólo passivo’”.[424]

Assim, considerando-se que não existe nenhum dispositivo legal vedando expressamente o cabimento das ações coletivas passivas no ordenamento jurídico brasileiro e partindo-se de uma interpretação sistemática dos dispositivos legais supramencionados, é possível concluir que a palavra “defesa” contida no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor pode fazer referência tanto à defesa no pólo ativo da demanda coletiva como no pólo passivo, o que possibilita a inserção da coletividade como ré em dada ação coletiva.

2.4.3.2 Artigo 107 do Código de Defesa do Consumidor

O artigo 107 do Código de Defesa do Consumidor dispõe sobre convenção coletiva de consumo:

---

[423] Esse é o entendimento esposado por: ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 70; ARRUDA ALVIM, José Manoel de et al. *Código do Consumidor comentado*. São Paulo: RT, 1995. p. 354; DINAMARCO, Pedro da Silva. Las acciones colectivas pasivas en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, cit., p. 132; GIDI, Antônio Carlos Oliveira. *Coisa julgada e litispendência*, cit., p. 51-52; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 319.

[424] DIDIER JÚNIOR, Fredie. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC), cit., p. 102.

> As entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo.

De acordo com Daniel Roberto Fink, a convenção coletiva de consumo pode ser definida como:

> [...] um meio de solução de conflitos coletivos em que fornecedores e consumidores, por intermédio de suas entidades representativas, estabelecem condições para certos elementos da relação de consumo, de modo a atuarem nos contratos individuais.[425]

Assim, se essa for a opção adotada, por exemplo, entre uma associação de fornecedores e outra associação de consumidores para dirimirem seus conflitos, havendo descumprimento de uma das condições convencionadas, isso dará ensejo à formação de uma lide coletiva, pois figurará nos pólos ativo e passivo da demanda uma coletividade (a associação de fornecedores e a de consumidores), o que denota claramente a ocorrência de uma ação duplamente coletiva.

Portanto, diante dessa constatação, caso não admitíssemos o cabimento das ações coletivas passivas, tornar-se-ia inviável o deslinde da questão, visto que para isso é necessário que uma das associações esteja situada no pólo passivo da demanda coletiva.[426]

---

[425] FINK, Daniel Roberto. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado*, cit., p. 990.

[426] Nesse sentido: DIDIER JÚNIOR, Fredie. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC), cit., p. 103, e GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas, cit., p. 7; SANTOS, Ronaldo Lima dos. “Defendant class actions” o grupo como legitimado passivo no direito norte-americano e no Brasil, cit., p. 139-154.

2.4.3.3 Artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor

Mais um argumento usado para defender o cabimento das ações coletivas passivas é extraído da compreensão do artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor que determina: "para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis *todas* as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela" (grifo nosso).

Esse artigo foi inserido com o escopo de garantir e efetivar a tutela coletiva, pois, segundo Kazuo Watanabe,[427] "uma das preocupações marcantes do legislador foi a instrumentalidade substancial e maior efetividade do processo", posto constituir uma decorrência direta do direito constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Nessa linha acrescenta Patricia Miranda Pizzol que:

> Não basta, porém, que seja garantida a todos a tutela jurisdicional dos direitos que a ordem jurídica lhe confere. É necessário que se garanta também a efetividade na prestação dessa tutela. Foi com esse objetivo que o legislador previu expressamente a possibilidade de serem utilizadas todas as espécies de ação para a defesa dos direitos e interesses coletivos [...].[428]

Assim, clara está a relevância desse artigo para a efetividade e adequação da tutela coletiva, visto proporcionar o cabimento de todas as espécies de ações.

Mas não é só isso que podemos extrair da leitura acurada desse artigo.

---

427 WATANABE, Kazuo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado*, cit., p. 834-836, passim.

428 PIZZOL, Patricia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998. p. 160.

O artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor é claro e objetivo ao afirmar que são cabíveis "todas" as espécies de ações para a defesa dos interesses e direitos coletivos *lato sensu e* isso nos permite concluir que também é possível a ocorrência uma ação coletiva passiva quando a situação fática assim autorizar, pois, como já foi demonstrado, casos há em que a coletividade figurará no pólo passivo de uma relação processual.[429]

De todo o exposto, tem-se que o próprio microssistema das ações coletivas já oferece algumas respostas contrariando o argumento de que inexiste disposição legal acerca da possibilidade da ação coletiva passiva no ordenamento pátrio reforçando o seu cabimento.

2.4.4 Princípios constitucionais

Como se pode observar de toda a ilação acima descrita, de várias ordens são constituídos os fundamentos da ação coletiva passiva, no entanto o maior e mais robusto argumento para defender a sua existência *de lege lata* provém diretamente do texto constitucional ao proclamar o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, pois, do contrário, haveria violação direta a um princípio constitucional.

Para a perfeita compreensão do raciocínio que será desenvolvido, é necessário que nos socorramos de algumas lições da Teoria dos Princípios,[430] que

---

[429] Nessa linha: DIDIER JÚNIOR, Fredie. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC), cit., p. 103; GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas, cit., p. 8.

[430] Segundo Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior: "A teoria dos princípios cresceu muito em importância na última metade do século XX. A positivação dos princípios nas constituições modernas, como uma forma de assegurar a presença de normas de justiça, teve um importante papel nessa realidade". *Curso de direito processual civil*, cit., p. 97.

vai desde a concepção de princípio até as soluções existentes para os casos de colisão entre princípios.

É importante que se diga que uma abordagem principiológica em qualquer que seja a seara jurídica é sempre aconselhável, quiçá devesse ser até mesmo obrigatória, pois permite que se compreenda com clareza e precisão o funcionamento de todo o ordenamento jurídico de modo sistematizado.

É por essa razão que se optou por realizar neste trabalho todo esse caminho principiológico, para que não pairem dúvidas quanto ao cabimento das ações coletivas passivas no ordenamento jurídico pátrio, pois do contrário estar-se-ia inviabilizando um direito constitucional fundamental de acesso à justiça.

Não obstante isso, também é bom deixar evidente que a questão dos princípios é um tema extenso e que, se fôssemos abordar todas as suas nuances, escreveríamos outra dissertação, e este não é o objetivo a que nos propusemos. Por isso, serão apontados apenas alguns aspectos que proporcionarão a defesa da existência da ação coletiva passiva no ordenamento jurídico nacional sem a necessidade de alteração legislativa.

2.4.4.1 Noções gerais

Como o próprio nome sugere, o vocábulo "princípio" denota a idéia de origem, começo, [431] início, nascedouro, ponto de partida.[432] E é exatamente nesse sentido,

---

[431] DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 4, p. 717.

[432] CARVALHO, Paulo de Barros. Tributo e segurança jurídica. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais* – considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 342.

de constituírem o ponto de partida para a compreensão das normas jurídicas que fundamentam todo o ordenamento jurídico, que serão estudados.[433]

Consoante magistério de André Ramos Tavares,[434] os princípios caracterizam-se por sua abstratividade, ou seja, podem alcançar um número incontável de situações fáticas; sistematicidade, no sentido de que a análise de qualquer princípio deve estar sempre pautada concomitantemente na observância dos demais; limitabilidade, uma vez que os princípios não são absolutos, podendo sofrer limitações em um dado caso concreto; e aplicabilidade imediata, pois há muito já se rompeu a crença de que teriam dimensão estritamente axiológica, ética, sem nenhuma eficácia jurídica.

Se considerarmos o ordenamento jurídico brasileiro de acordo com o esquema piramidal kelseniano,[435] no cume da pirâmide encontra-se a norma hipotética fundamental, que traduz todas as aspirações de uma sociedade quando da criação de um sistema jurídico e, no Brasil, esse fundamento/princípio que rege toda a Constituição Federal é a dignidade da pessoa humana.[436]

Nesse diapasão Flávia Piovesan assinala que:

---

433 Para Eros Roberto Grau "a expressão 'princípios jurídicos' é [...] polissêmica". *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 141.

434 TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais* – considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 37-40.

435 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. No mesmo sentido Norberto Bobbio também cria a estrutura hierarquizada/escalonada das normas jurídicas. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2006.

436 Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais* – considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 214. BRITO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 183.

> [...] o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional.
>
> Considerando que toda a Constituição há de ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como um valor essencial que lhe doa unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular.[437]

Não obstante isso, para Carlos Ayres Brito o valor/princípio constitucional por excelência no Brasil é a democracia, e não a dignidade da pessoa humana. Confira-se:

> [...] não é difícil perceber que a Democracia é o único valor que perpassa *os poros da axiologia constitucional* (valor subjacente a tudo o mais), no sentido de que: a) enquanto processo ou via de formação e deliberação de norma jurídico-primária (Democracia formal), compreende e legitima a produção em si de todas as leis em sentido material, sejam quais forem os conteúdos dessa lei; b) enquanto fim ou objetivo de toda norma jurídico-primária mesma (Democracia substancial), incorpora a positivação de valores que se marquem por uma densa vertente popular (tanto no campo institucional como na área das franquias individuais e dos direitos sociais).[438]

Com o devido respeito, discordamos desse entendimento, pois a nosso ver a dignidade da pessoa humana é, sim, o princípio fundamental tanto da ordem interna como da ordem internacional, ao menos no que se refere às Constituições ocidentais, tendo em vista o conteúdo da Declaração Universal dos Direitos do Homem.[439]

---

437 PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais* – considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 192.

438 BRITO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*, cit., p. 185.

439 Com o mesmo entendimento: PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana, cit., p.193.

É possível que exista dignidade da pessoa humana sem democracia, mas o inverso não é verdadeiro, embora seja sabido que só se atinge a dignidade da pessoa humana em um regime democrático. É por isso que, para nós, a democracia constitui uma regra indispensável para que se alcance a dignidade da pessoa humana, porém não pode ser denominada de princípio.

Assim, a partir da observância do princípio da dignidade da pessoa humana, todas as demais normas devem interpretadas, considerando-se a unidade e ordenação do texto constitucional.[440]

Um dos pontos fundamentais da análise dos princípios é sua diferenciação para com as regras. É o que se verá no próximo item.

2.4.4.2 A diferença entre princípios e regras

A primeira lição que deve ser lembrada é dada por Robert Alexy ao afirmar que a norma jurídica constitui gênero do qual as regras e os princípios constituem suas espécies.[441] Vale ressaltar que entre as inúmeras diferenças

---

[440] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 9-23.

[441] ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2.ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 83. Para um estudo mais detalhado sobre as normas jurídicas, consultar: DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 336-409; ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de João Batista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 1-70; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 50-67; KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p. 1-65 e 215-246; MONTORO, André Franco. *Estudos de filosofia do direito*. São Paulo: RT, 1981. p. 163-175.

existentes entre princípios e regras[442] essa, de um modo geral, é assente na doutrina.[443]

Quanto aos princípios, ainda importa dizer que sua consagração à alçada de norma jurídica é fato recente que foi conquistado aos poucos, "[...] superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata".[444]

Para Willis Santiago Guerra Filho[445] as regras traduzem a descrição de um fato ou uma espécie, por seu turno os princípios fazem referência direta a valores.

Entretanto, para Robert Alexy a diferença entre princípios e regras é entre tipos de normas, e dentre os vários critérios utilizados o mais comum é o fato de que os princípios possuem um grau de generalidade bem maior do que as regras.[446]

Isso quer significar que, pelo fato de os princípios terem um grau de generalidade e abstração maior, eles incidirão em um número maior de casos; já as regras, por serem mais objetivas, incidirão em casos mais específicos.[447]

---

442 Humberto Ávila, por exemplo, faz um estudo aprofundado acerca dos diferentes critérios que distinguem regras e princípios em sua obra *Teoria dos princípios* – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

443 BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais* – considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 111.

444 Idem, ibidem, p. 108.

445 Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais* – considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 241.

446 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 83.

447 Nesse sentido: TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios, cit., p. 34.

Continua o referido autor afirmando que os princípios são “mandados de otimização” que podem ser cumpridos em diferentes graus de acordo com as possibilidades reais e jurídicas, já as regras não possuem essa gradação, ou serão cumpridas ou serão descumpridas.[448]

No mesmo diapasão, Ronald Dworkin[449] assevera que a distinção entre princípios e regras se dá na base do “tudo ou nada” (*all or nothing*). Explicaremos.

Para o referido autor as regras se aplicam de forma absoluta, imperativa, isto é, constatada a presença dos pressupostos fáticos e desde que se trate de regra válida, a sua incidência se ocorre de forma obrigatória, salvo exceções previstas em seu próprio enunciado.

Já os princípios não apresentam essa carga imperativa e podem conviver harmonicamente com outros princípios em um mesmo caso concreto sem que com isso lhe seja retirada sua eficácia, tampouco seja caracterizado como exceção.

Portanto, caso haja um conflito entre regras, fenômeno conhecido como antinomia jurídica,[450] de acordo com o magistério de Robert Alexy,[451] isso só poderia se resolver de duas maneiras: ou introduz-se uma cláusula de exceção em uma das regras para afastar o conflito; ou declara-se a invalidade de uma das regras.

---

448 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 86-87.

449 *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39-43.

450 Importante estudo a respeito das antinomias foi realizado por: BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, cit., p. 81-115; DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

451 *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 88.

Portanto, o conflito entre regras se dá na "dimensão da validade",[452] ou seja, ou a regra contempla em seu próprio corpo uma cláusula de exceção ou uma das regras será declarada inválida.

A mesma solução não pode ser imposta quando se tratar da colisão entre princípios, posto inexistir hierarquia entre eles, visto que todos se encontram no mesmo nível constitucional.[453]

Assim, se ficar constatado que em determinado caso concreto dois princípios estão colidindo, um cederá espaço ao outro sem que isso configure em declaração de invalidade do cedente, pois em outra situação pode ocorrer exatamente o contrário.[454]

É por isso que se diz que a colisão entre princípios resolve-se na "dimensão do peso",[455] pois somente princípios válidos podem colidir e o princípio de maior peso em dado caso concreto é que preponderará em face do outro. É o que se denomina de ponderação de princípios, ponto que será estudado em um item próprio.

2.4.4.3 Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional

Ainda que todos os fundamentos apresentados para o cabimento da ação coletiva passiva sejam rechaçados, ao menos esse, de cunho constitucional, não pode ser descartado, considerando-se que toda e qualquer interpretação deve estar em consonância com o conteúdo da Carta Magna.

---

452 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 89.

453 TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios, cit., p. 27.

454 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 89.

455 Idem, ibidem, p. 89.

Logo, o grande respaldo para validar a tese do cabimento das ações coletivas passivas está na observância do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional,[456] também denominado direito de ação ou acesso à justiça,[457] previsto no artigo 5.º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 que prescreve: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Discorrendo a respeito do conteúdo desse princípio, Nelson Nery Junior assevera que: "o jurisdicionado tem direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. A lei infraconstitucional que impedir a concessão da tutela adequada será ofensiva ao princípio constitucional do direito de ação".[458]

E Gregório Assagra de Almeida complementa aduzindo que: "tal princípio constitui, no âmbito dos princípios e garantias constitucionais processuais, o fundamento primário do *direito processual coletivo comum*".[459]

Também é importante destacar que esse princípio está inserido no Título II, "Dos direitos e garantias fundamentais", Capítulo I, "Dos direitos e deveres individuais e coletivos", e a inserção topográfica desse princípio traz algumas implicações de suma relevância.

O fato de estar situado entre os direitos e deveres individuais e coletivos significa dizer que deve haver observância desse princípio inclusive quando se tratar de tutela coletiva, pois, do contrário, estar-se-ia negando a judicialização do

---

456 Com esse entendimento: DIDIER JÚNIOR, Fredie. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC), cit., p. 104; MAIA, Diogo Campos Medina. *Fundamentos da ação coletiva passiva*, cit., p. 107-113; VIOLIN, Jordão. *Ação coletiva passiva*, cit., p. 33-42.

457 Adotando essas expressões como sinônimas: NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 130-132.

458 Idem, ibidem, p. 133.

459 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*, cit., p. 570.

conflito, ou, em palavras mais claras, estar-se-ia negando o direito de ação. Nesse sentido Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior afirmam que:

> *Atualmente*, vale frisar, a norma constitucional que garante o acesso à Justiça garante-o tanto aos direitos individuais como aos coletivos, basta fazer uma interpretação literal do título do capítulo em que está inserido o dispositivo: "*direitos e deveres individuais e coletivos*". Daí que a fórmula correta, que expressa toda a intenção da verba constitucional, pode ser traduzida em: *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou afirmação de lesão a direito individual ou coletivo* (art. 5.º, XXXV da CF/88). Não só direito individual e não só uma ação para cada direito, mas direitos coletivos e todas as ações cabíveis para assegurar a sua adequada e efetiva tutela.[460]

Outra decorrência dessa inserção topográfica é que, por se tratar de um direito fundamental, exatamente em razão de ocupar posição hierárquica superior no nosso ordenamento jurídico, a regra é a de que sua aplicabilidade se dê de forma imediata, consoante dispõe o artigo 5.º, § 2.º, da Constituição Federal.[461]

Tratando-se de ação coletiva passiva isso quer significar que em razão da ausência de disposição legal sobre o assunto, e considerando que o direito fundamental de acesso à justiça deve ser observado, esse princípio atuará diretamente no caso concreto. Nessa esteira, preciosas são as observações de Ingo Wolfgang Sarlet, ao asseverar que:

> A falta de concretização não poderá, de tal sorte, constituir obstáculo à aplicação imediata pelos juízes e tribunais, na medida em que o Judiciário – por força do disposto no art. 5.º, § 1.º, da CF –, não apenas se encontra na obrigação de assegurar a plena eficácia dos direitos fundamentais, mas também autorizado a remover eventual lacuna oriunda da falta de concretização, valendo-se do instrumental fornecido pelo art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, de acordo

---

[460] DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 27. Com entendimento semelhante: VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*, cit., p. 89.

[461] Artigo 5.º, § 2.º "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata."

> com o qual: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".[462]

E continua o referido autor:

> Negar-se aos direitos fundamentais esta condição privilegiada significaria, em última análise, negar-lhes a própria fundamentalidade. Não por outro motivo – isto é, pela sua especial relevância na Constituição – já se afirmou que, em certo sentido, os direitos fundamentais (e a estes poderíamos acrescentar os princípios fundamentais) governam a ordem constitucional.[463]

Portanto, é forçoso concluir que a ausência de disposição legal expressa sobre ação coletiva passiva não constitui óbice intransponível para a sua existência, visto que os direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata e a ação coletiva passiva está inserida nesse seleto rol por ser o mecanismo que garante a jurisdicionalização dos conflitos em todas as suas vertentes, isto é, a coletividade situada no pólo passivo da relação jurídica processual.[464]

Assim, tem-se que esse é o argumento mais contundente para rechaçar a teoria daqueles que entendem ser impossível acatar a tese da existência da ação coletiva passiva no ordenamento jurídico brasileiro por falta de regramento legal expresso.

2.4.4.4 Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal está previsto no artigo 5.º, LIV, da Constituição Federal e dispõe que: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".[465]

---

462 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 282-283.

463 Idem, ibidem, p. 286.

464 Nessa ótica: MAIA, Diogo Campos Medina. *Fundamentos da ação coletiva passiva*, cit., p. 100; VIOLIN, Jordão. *Ação coletiva passiva*, cit., p. 39.

465 É válido salientar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem também contém disposição no mesmo sentido. Artigo XI, n. 1. "Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de

Esse princípio tem origem no direito inglês (*due process of law*), em que foi utilizado pela primeira vez na Magna Carta de João Sem Terra em 1215,[466] ainda que sem fazer uso expresso dessa locução, e está assentado no tripé: vida, liberdade e propriedade.[467]

Além disso, o princípio do devido processo legal possui dois sentidos: o devido processo legal material ou substantivo (*substantive due process*) e o devido processo legal processual ou procedimental (*procedural due process*).

De acordo com o escólio de Nelson Nery Junior,[468] o primeiro sentido, material ou substantivo do devido processo legal, se manifesta em todos os campos do direito e seus reflexos podem ser encontrados, por exemplo, no direito administrativo, no sentido de que a Administração só deve agir no estrito liame da legalidade.

Para Maria Rosynete Oliveira Lima esse sentido material significa que: "[...] o Estado não pode, a despeito de observar a seqüencia de etapas em um procedimento, privar arbitrariamente os indivíduos de certos direitos fundamentais".[469]

---

ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa."

466 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 121.

467 *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 61 e 63. (Coleção Estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, v. 21.)

468 *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004. p. 66-67. (Coleção Estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, v. 21.) Para maiores informações a respeito da atuação do princípio do devido processo legal na esfera administrativa, consultar: ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais* – considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 271-273.

469 LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Fabris, 1999. p. 200.

Já o segundo sentido, processual ou procedimental, de maior conhecimento da doutrina brasileira, é largamente utilizado em todas as searas jurídicas e possui como corolários os princípios da ampla defesa e do contraditório,[470] entre outros.

Nelson Nery Junior enumera as garantias decorrentes do devido processo legal:

> a) direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação; b) direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais; d) direito ao procedimento contraditório; e) direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis *ex post facto*; f) direito à plena igualdade entre acusação e defesa; g) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; h) direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas; i) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita; j) privilégio contra auto-incriminação.[471]

E continua o autor afirmando que, relativamente ao processo civil, constitui o princípio mais importante, sendo o gênero do qual todos os demais princípios são espécies,[472] entre outros, por exemplo, o princípio da isonomia, do juiz e do promotor natural, da proibição da prova ilícita, da publicidade dos atos processuais, do duplo grau de jurisdição e da motivação das decisões judiciais.

Portanto, clara está a importância desse princípio em nosso ordenamento jurídico, visto servir de norte para a Administração Pública, bem como para o Poder Legislativo e o Poder Judiciário.

---

[470] Artigo 5.º, LV – "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes."

[471] NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 70.

[472] Idem, ibidem, p. 70.

Além disso, o princípio do devido processo legal, assim como o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, também está inserido topograficamente no Título II: “Dos direitos e garantias fundamentais”, Capítulo I: “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”, o que equivale dizer que possui aplicação imediata.

No que se refere à ação coletiva passiva, essa questão ganha notoriedade por ser o instrumento garantidor de que as pessoas só serão atingidas pelos efeitos de determinada decisão se lhes for garantido o devido processo legal com todas as suas decorrências.[473]

2.4.4.5 Ofensa direta aos princípios

Após toda essa análise dos princípios constitucionais da inafastabilidade do controle jurisdicional e do devido processo legal, não restam dúvidas sobre sua relevância para o perfeito andamento processual, tampouco de sua nobre função no ordenamento jurídico brasileiro, visto pertencerem ao seleto rol de direitos fundamentais. Não obstante, sabemos que por vezes esses princípios não são observados.

A ofensa direta aos princípios constitucionais da inafastabilidade do controle jurisdicional e do devido processo legal é tratada pelo Supremo Tribunal Federal como uma ofensa reflexa à Constituição Federal, tendo em vista que primeiramente é preciso que se constate haver uma ofensa às normas processuais infraconstitucionais.[474]

---

[473] A viabilização da ação coletiva passiva resguardando-se o devido processo legal será melhor analisada no item 2.4.4.9 deste capítulo.

[474] É o que se observa de alguns julgados: AI 555.627 AgR, Relator Ministro Carlos Velloso, *DJU* 16.12.2005; AI 413.963 AgR, Relator Ministro Celso de Mello, *DJU* 22.02.2005; AI 381.495 AgR, Relatora Ministra Ellen Gracie, *DJU* 04.10.2002.

Ocorre que, no caso das ações coletivas passivas, a ofensa ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional não se dá de modo reflexo ao texto constitucional, e sim diretamente, exatamente por não existir nenhuma lei infraconstitucional versando sobre o assunto.

Assim, a ofensa direta ao princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, aliada à sua aplicabilidade imediata e à ausência de lei infraconstitucional sobre a ação coletiva passiva, é que sustenta a auto-executabilidade desse princípio no caso concreto.

No entanto, é bom lembrar que o mesmo raciocínio deve ser empregado para o princípio do devido processo legal, visto que esse princípio é de extrema relevância para que os direitos da coletividade ré sejam resguardados.

Portanto, chegamos à conclusão de que haverá indubitavelmente uma colisão entre os princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional e do devido processo legal quando da análise da ação coletiva passiva em nosso ordenamento jurídico e a solução para esse embate será dada nas próximas linhas.

2.4.4.6 Inafastabilidade do controle jurisdicional versus devido processo legal

Após toda essa inferência a respeito da importância inconteste dos princípios constitucionais da inafastabilidade do controle jurisdicional e do devido processo legal para garantir e efetivar a tutela coletiva, mais especificamente quando se tratar de ação coletiva passiva, uma questão que se coloca é a seguinte: a despeito da observância ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional,

não é possível que a ação coletiva passiva seja utilizada de forma irrestrita e sem limitações sob pena de limitar o núcleo essencial do devido processo legal, e, como não existe hierarquia entre princípios, estamos diante da necessidade de ponderar os princípios colidentes.

Portanto, o que se pretende dizer é que, não obstante reconheçamos a importância do cabimento das ações coletivas passivas, não concordamos que seu uso se dê de modo irrestrito e ilimitado prejudicando sensivelmente o devido processo legal.

Logo, no caso da ação coletiva passiva, temos de um lado a garantia da universalização da tutela jurisdicional e de outro o direito fundamental de defender-se pessoalmente em um processo.

Por conseguinte, devemos buscar a harmonização entre esses valores de modo que se garanta o acesso à justiça sem que seja suprimido o direito de defesa do réu. Nessa esteira, Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos assinalam que:

> De alguma forma, cada um desses elementos deverá ser considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que, na solução final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, ainda que uma ou algumas delas venham a se destacar sobre as demais.[475]

Dessa forma, para que esse conflito seja solucionado, devem-se considerar sempre a coerência e a unidade interna do ordenamento jurídico, bem como a imposição de limitações para ambos os princípios.

---

[475] BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional dos princípios, cit., p. 116.

2.4.4.7 Ponderação de princípios

A técnica da ponderação de princípios surgiu como uma resposta à insuficiência da fórmula da subsunção por esta não conseguir resolver todos os casos de aplicação do direito.

Explicando o surgimento desse novo instrumento a serviço do direito, Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos pronunciam-se:

> Durante muito tempo a subsunção foi a única fórmula para compreender a aplicação do Direito, a saber: premissa maior – a norma – incidindo sobre a premissa menor – os fatos – e produzindo como consequência a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto. Como já se viu, essa espécie de raciocínio continua a ser fundamental para a dinâmica do Direito.
>
> Mais recentemente, porém, a Dogmática Jurídica deu-se conta de que a subsunção tem limites, não sendo por si só suficiente para lidar com situações que, em decorrência da expansão dos princípios, são cada vez mais frequentes.[476]

Logo, essa é a explicação para o surgimento do método da ponderação.

Como já fora mencionado em outro momento,[477] a colisão entre princípios se resolve na dimensão valorativa, isto é, o caso concreto deverá demonstrar qual deles prevalecerá (possui maior peso) sem que isso implique total inobservância do princípio preterido, pois há que preservar sempre seu núcleo essencial. É o que Eros Roberto Grau denomina de “jogos de princípios”.[478]

---

[476] BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional dos princípios, cit., p. 115.

[477] Item 2.4.4.2 deste Capítulo.

[478] GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., p. 199.

A colisão entre princípios só será resolvida no caso concreto porque não existe nenhuma regra ou mesmo princípio predefinido que estabeleça qual deles deve prevalecer, tampouco qual deverá ser mitigado.[479] Daí por que apenas por meio da ponderação entre princípios esse conflito poderá ser solucionado, visto que estão em jogo valores distintos que apontam soluções divergentes.

Uma primeira observação que deve ser posta é a respeito do termo "ponderação". De acordo com os ensinamentos de Humberto Ávila, a ponderação consiste no "método destinado a atribuir pesos e elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento".[480]

Desse modo, em outras palavras, temos que a ponderação é um método que serve de balizamento quando dois ou mais valores, bens, interesses ou normas (princípios ou regras) entrechocam-se.[481]

Além disso, a ponderação também pode ser classificada como um "postulado inespecífico", considerando-se que em um quadro maior existem os postulados específicos e os inespecíficos. Mas o que são postulados? É o que se verá a seguir.

Os postulados normativos situam-se no terreno das metanormas, ou seja, das normas de segundo grau que têm o objetivo de estruturar a aplicação de outras

---

479 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., p. 198.

480 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, cit., p. 130-131.

481 Analisando a colisão de direitos metaindividuais: PADILHA, Norma Sueli. *Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial*. Porto Alegre: Fabris, 2006.

normas, leiam-se regras e princípios, mas com elas não se confundem.[482] Humberto Ávila aponta quais seriam essas diferenças:

> Enquanto os princípios e as regras são o objeto da aplicação, os postulados estabelecem os critérios de aplicação dos princípios e das regras. E enquanto os princípios e as regras servem de comandos para determinar condutas obrigatórias, permitidas e proibidas, ou condutas cuja adoção seja necessária para atingir fins, os postulados servem como parâmetros para a realização de outras normas.[483]

Em um quadro geral os postulados dividem-se em dois grupos: postulados inespecíficos e postulados específicos.

Entre os primeiros estão os postulados inespecíficos da ponderação, já definidos linhas acima; da concordância prática que deve buscar a harmonização dos valores; e da proibição de excesso, garantindo que nenhum direito fundamental será excessivamente restringido.[484]

Já no segundo grupo encontram-se os postulados específicos da igualdade, que estruturam a aplicação do direito de acordo com os critérios de diferenciação e a finalidade dessa diferenciação; da razoabilidade, que atua como o instrumento para determinar se os fatos se inserem nos padrões da normalidade, ou para expressar que a regra geral dependerá do caso concreto; e da proporcionalidade, utilizado para os casos em que se deve realizar mais de um fim, sendo todos legitimamente constitucionais, impondo a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais.[485-486]

---

[482] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, cit., p. 122.

[483] Idem, ibidem, p. 125.

[484] Idem, p. 130-133.

[485] Idem, p. 137-149.

[486] Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao analisar a Lei 9.784/99, conclui que o "princípio da razoabilidade" constitui um dos aspectos do "princípio da proporcionalidade". *Direito administrativo*. 13. ed. São

O postulado da proporcionalidade, por ser o que mais nos interessa neste trabalho, receberá uma análise em apartado, dado que resolverá a colisão dos princípios inafastabilidade do controle jurisdicional *versus* devido processo legal na questão do cabimento da ação coletiva passiva no ordenamento jurídico brasileiro.

2.4.4.8 Postulado da proporcionalidade

Podemos apontar a origem remota do postulado da proporcionalidade para os primitivos tempos da Lei do Talião, em que a resposta à agressão sofrida deveria ser respondida proporcionalmente na mesma medida, bem como para a Grécia e Roma antigas, onde o Direito estava sempre pautado em sua utilidade.[487]

E a origem próxima do postulado da proporcionalidade remete-se à Alemanha no período do pós-Segunda Guerra Mundial, em que os horrores vividos reclamavam que a faceta valorativa do direito fosse sopesada, assim como novos critérios fossem instituídos para a sua correta aplicação.[488]

A partir de então essa idéia foi difundida para os mais diversos países, muito embora não tenha encontrado muita força nos países de tradição publicista latina.[489]

Paulo: Atlas, 2001. p. 81. Com o devido acatamento, discordamos dessa opinião, pois, a nosso ver, como foi colocado linhas acima, a proporcionalidade, a rigor, não se inclui na categoria de princípios, mas sim na de postulados. Além disso, como restou demonstrado, existe sim diferença entre os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, visto não possuírem os mesmos objetivos.

487 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade, cit., p. 239-240.

488 Idem, ibidem, p. 237.

489 Idem, p. 248.

São notórias a crescente importância e a utilização do postulado da proporcionalidade, que é chamado para solucionar as mais variadas questões, e o direito brasileiro acompanha essa tendência mundial, muito embora não possua previsão expressa em nosso ordenamento jurídico, o que não retira seu reconhecimento e aplicabilidade.

Dissertando sobre esse assunto, Willis Santiago Guerra Filho,[490] afirma que, apesar de inexistir referência expressa ao postulado da proporcionalidade no texto constitucional de 1988, ele pode ser invocado a partir do disposto no artigo 5.º, § 2.º, da Constituição Federal: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados [...]".

Portanto, para o citado autor, a proporcionalidade insere-se no quadro das normas fundamentais e não como uma decorrência da adoção de um Estado de direito, muito embora reconheça que essa discussão possui relevância bem maior no campo doutrinário do que na prática, pois é assente que de uma forma ou de outra a proporcionalidade insere-se na base estrutural do ordenamento jurídico.

Usualmente, a doutrina costuma enquadrar o postulado da proporcionalidade na categoria "princípios".[491] Mas, como ficou assentado no item anterior, a rigor, não se trata de princípios nem de regras, visto situarem-se em um patamar superior a essas normas jurídicas, por isso são tidas como metanormas que têm por escopo estruturar a aplicação dessas normas jurídicas inferiores.

---

490 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade, cit., p. 242 e 249-250.

491 Por exemplo: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., p. 81; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade, cit., p. 237-253.

O postulado da proporcionalidade tem por finalidade garantir que nenhum direito fundamental seja completamente suprimido quando confrontar com outro que lhe seja diametralmente oposto, ou seja, deve buscar garantir a harmonização do ordenamento jurídico.

Para balizar esse sopesamento de princípios colidentes, o postulado da proporcionalidade faz uso de três "máximas":[492] adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A máxima da adequação denota que a medida a ser adotada deve ser, com o perdão da redundância, adequada para promover o fim a que se almeja alcançar. Nos dizeres de Humberto Ávila, "o meio deve levar à realização do fim".[493]

Já a máxima da necessidade quer verificar se, dentre os meios adequados disponíveis para se alcançar o fim, aquele escolhido é o que restringirá em menor intensidade o direito fundamental afetado.[494]

E a máxima da proporcionalidade em sentido estrito por sua vez estabelece que deve haver um equilíbrio entre a vantagem auferida com a promoção do fim e a as desvantagens causadas pela escolha do meio.[495]

Tratando-se das ações coletivas passivas, o postulado da proporcionalidade servirá para harmonizar os princípios constitucionais da inafastabilidade do controle jurisdicional e do devido processo legal.

---

[492] Expressão cunhada por: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 111-112.

[493] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, cit., p. 152.

[494] Idem, ibidem, p. 158.

[495] Idem, p. 160.

Assim, as ações coletivas passivas constituem o meio adequado para alcançar o fim desejado, que é garantir a jurisdicionalização do conflito, bem como a efetividade da tutela (máxima da adequação), sem que se restrinja por completo o princípio do devido processo legal, dado que seu núcleo essencial restará preservado (máxima da adequação), considerando que assim estará sendo respeitado o direito fundamental de acesso à justiça (máxima da proporcionalidade em sentido estrito).

Em resumo, para que se possa viabilizar o uso das ações coletivas passivas é preciso que se percorra todo esse caminho desenvolvido, pois só assim poderemos sustentar com firmeza e sem receios que a ação coletiva passiva no ordenamento jurídico nacional não é fruto tão-somente de constatações da realidade social, tampouco da prática judiciária ou da interpretação de dispositivos legais do microssistema das ações coletivas, mas, principalmente, porque o fundamento legitimador é uma decorrência direta do princípio fundamental da inafastabilidade do controle jurisdicional, que por isso mesmo tem aplicação imediata.

2.4.4.9 A inafastabilidade do controle jurisdicional, o devido processo legal e a ação coletiva passiva

O caminho percorrido até aqui nos leva à conclusão inarredável de que os princípios constitucionais da inafastabilidade do controle jurisdicional e do devido processo legal, em razão de sua fundamentalidade, devem ser sempre observados, pois têm aplicação imediata.

Também restou claro que, exatamente em razão dessa observância imediata, surgirão situações fáticas em que eles colidirão. Esse é o problema que envolve a admissibilidade da ação coletiva passiva, pois, se de um lado devemos prestigiar o acesso à justiça em todas as suas formas, de outro, o devido processo legal também deve ser respeitado, e, portanto, o meio hábil para ponderar essa colisão é a utilização do postulado da proporcionalidade.

Ultrapassada essa conclusão, e considerando-se que, a despeito de inexistir legislação expressa, as ações coletivas passivas são cabíveis em nosso ordenamento jurídico, um outro problema prático se apresenta é: como garantir, de fato, que o devido processo legal nas ações em que a coletividade for ré será observado, dado que em muitos casos será inviável que toda a coletividade ré seja individualmente ouvida no processo.

Essa é a pedra de toque de toda a questão, e só será possível equalizá-la se admitirmos que no Brasil existe o controle judicial da representação adequada, no sentido de que o magistrado, diante do caso concreto, verificará se o ente que se propõe a representar aquela coletividade ré está realmente apto para exercer esse ofício adequadamente.[496]

Caso a resposta encontrada pelo magistrado seja positiva, isso significa que a coletividade estará adequadamente representada, ou seja, houve observância ao princípio do devido processo legal com todas as suas decorrências e por isso mesmo as partes ausentes do processo serão atingidas pelos efeitos da coisa julgada, ainda que não tenham sido "ouvidas" individualmente. É o que Antônio

---

[496] Com o mesmo entendimento: VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant class action* brasileira, cit., p. 312, nota de rodapé n. 9.

Carlos Oliveira Gidi, pautado nos ensinamentos de Mauro Cappelletti, denomina de "devido processo legal coletivo". Acompanhe:

> Através desse novo devido processo legal, os direitos de ser citado, de ser ouvido e de apresentar defesa em juízo são substituídos por um direito de ser citado, ouvido e defendido *através* de um representante. Mas não através de um representante qualquer: o grupo deve ser representado em juízo por um representante adequado.
>
> [...] o poder que tem o representante para tutelar os interesses do grupo deriva do dever de adequadamente representá-los em juízo. A adequação legitima e convalida a atividade do representante.[497]

E, se o contrário acontecer, isto é, se o magistrado constatar que aquele ente não está habilitado para representar adequadamente dada coletividade, deverá providenciar a substituição desse ente por outro co-legitimado para que possa conduzir adequadamente a demanda.[498]

Como se pode notar, o respeito ao devido processo legal nas ações coletivas passivas passa necessariamente pela resposta que se dê ao controle judicial da representação adequada, a fim de que os direitos daqueles que não foram parte no processo sejam resguardados.

Em razão da relevância do assunto para a perfeita compreensão e viabilização da ação coletiva passiva, o próximo capítulo está destinado especialmente para detalhá-lo um pouco mais.

---

[497] GIDI, Antônio Carlos Oliveira. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo,* São Paulo: RT, ano 27, n. 108, p. 69-70, out.-dez. 2002.

[498] Este ponto será melhor avaliado no item 3.1.5, capítulo 3.

CAPÍTULO 3
ALGUMAS QUESTÕES PROCESSUAIS

Consoante afirmado em momento anterior,[499] existem basicamente três argumentos que negam a possibilidade de existência da ação coletiva passiva em nosso ordenamento jurídico: a inexistência de texto legal expresso; o problema da identificação do representante adequado; e o regime da coisa julgada coletiva que não pode prejudicar os direitos individuais.

No tocante ao primeiro argumento, a solução já foi apontada no capítulo anterior, visto ser uma decorrência da realidade social, da prática judiciária, da interpretação conjugada de alguns dispositivos processuais, bem como da observância de uma irrefutável norma constitucional. Cumpre agora nos atermos à questão da representação adequada e da coisa julgada.

Mister mencionar ainda que não desconhecemos o fato de que muitas outras questões processuais serão levantadas à medida que o tema das ações coletivas passivas for amadurecendo, no entanto optamos por nos cingirmos tão-somente aos aspectos centrais que viabilizarão o cabimento das ações coletivas passivas sem que seja necessária qualquer alteração legislativa.

3.1 Representação adequada

3.1.1 Considerações iniciais

Antes de adentrarmos no estudo da representação adequada, é preciso que se faça uma observação quanto à expressão “representação adequada”. Segundo escólio de Antônio Carlos Oliveira Gidi:

---

[499] Capítulo 2, item 2.4.3.

> Quando se fala da "representação" não se refere a "representação" no sentido técnico-jurídico da palavra no direito processual civil brasileiro. Refere-se àqueles legitimados pelo direito positivo de um país a propor uma ação coletiva em benefício do grupo titular do direito difuso, coletivo ou individual homogêneo. "Representante" aqui deve ser considerado como sinônimo de "porta-voz": o autor da ação coletiva é um porta-voz dos interesses do grupo, sendo seu portador em juízo.[500]

E é exatamente nesse sentido que nos referimos.

Outra observação é colocada por Márcio Flávio Mafra Leal ao alertar que não se deve confundir "representação adequada" com "representatividade adequada", posto que a primeira expressão se refere à qualidade do autor, enquanto a segunda relaciona-se com o "*mandato* (consentimento) ou identidade e vinculação do autor com os interesses reais da classe representada".[501]

Feitas essas ressalvas iniciais temos que a representação adequada é um dos pontos cruciais para que se admita a ação coletiva passiva em nosso ordenamento jurídico, pois é por meio dela que o princípio constitucional do devido processo legal estará garantido tratando-se de ação coletiva passiva, [502] isto é, se o magistrado verificar no caso concreto que o ente legitimado que se propõe a representar a coletividade inserida no pólo passivo o fez adequadamente, significará que houve obediência ao princípio do "devido processo legal coletivo".

---

[500] GIDI, Antônio Carlos Oliveira. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras, cit., p. 61-62.

[501] LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas*: história, teoria e prática, cit., p. 77-78.

[502] Minucioso trabalho sobre a representação adequada nas ações coletivas brasileiras foi realizado por: ARAÚJO, Rodrigo Souza Mendes de. *A representação adequada nas ações coletivas*, cit.

3.1.2 Sistema de legitimidade ope legis *e* ope judicis

Em sede de tutela coletiva coexistem dois sistemas de legitimidade: um *ope legis*, que é uma decorrência direta das disposições firmadas em um sistema legal, realizando um juízo prévio e por isso mesmo com presunção *iures et de iure* do rol de legitimados; e outro *ope judicis*, em que os legitimados serão aferidos caso a caso pelo magistrado.[503]

Assim, no sistema *ope judicis* a legitimidade alcançada é real, pois o magistrado pode avaliar em cada caso concreto aspectos subjetivos das partes, e no sistema *ope legis* a legitimidade é presumida, pois independe da avaliação de critérios subjetivos.[504]

A adoção de um ou outro sistema de legitimidade repercute diretamente na decisão judicial.

Se o sistema adotado for o da legitimidade *ope judicis*, desde que constatado que o representante é de fato adequado, a decisão vinculará todos os envolvidos, independentemente de o resultado ser benéfico ou não e a despeito da participação direta de cada indivíduo.

Por outro lado, se o sistema de legitimidade adotado for o *ope legis*, a mesma solução não se impõe, pois, como há apenas uma presunção de que os

---

503 Nesse sentido: ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*, cit., p. 110.

504 Em sentido similar: GIDI, Antônio Carlos Oliveira. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras, cit., p. 64.

legitimados sejam adequados, há uma mitigação de modo que a decisão judicial não vinculará de forma absoluta todos os envolvidos no processo.

3.1.3 O controle judicial da representação adequada

Para a maioria da doutrina brasileira[505] não há que falar em controle judicial da representação adequada nas ações coletivas resumidamente por três razões:

– Primeiro porque adotamos um sistema de legitimidade *ope legis*, portanto o rol de legitimados já foi previamente estabelecido, não havendo razão para que o magistrado exerça esse controle, posto já ter sido realizado pelo legislador;

– Segundo porque não é necessário que o juiz exerça o controle da representação adequada tendo em vista que o Ministério Público sempre atuará como fiscal da lei;

– Terceiro porque existe um alto risco de arbitrariedade e/ou parcialidade judicial.

Esses argumentos serão devidamente analisados, pois a operacionalização da ação coletiva passiva requer necessariamente que a representação ocorra

---

[505] Por exemplo: ARRUDA ALVIM, José Manoel de et al. *Código do Consumidor comentado*, cit., p. 381-382; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*, cit., p. 113; FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. Breves considerações sobre as ações coletivas contempladas no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 18, n. 71, p. 143, jul.-set. 1993; GUEDES, Clarissa Diniz. A legitimidade ativa na ação civil pública e os princípios constitucionais. In: MAZZEI, Rodrigo Dias; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 124.

de forma adequada, a fim de garantir a observância e o cumprimento do devido processo legal.

3.1.3.1 O sistema de legitimidade adotado no Brasil

O Projeto de Lei Flávio Bierrenbach havia escolhido a via do controle expresso da representação adequada pelo juiz, fixando inclusive as condições para a sua avaliação, mas a Lei da Ação Civil Pública acolheu, nesse ponto, a proposta do Ministério Público paulista, sem referência à representação adequada.

Assim, diante dessa escolha, grande parte da doutrina[506] concluiu que no Brasil adota-se o sistema de legitimidade *ope legis*, visto que os legitimados para a propositura da ação coletiva estão previamente estabelecidos no artigo 5.º da Lei da Ação Civil Pública e no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor.[507]

Diferentemente da solução adotada nos Estados Unidos da América e nos países de tradição anglo-saxônica que fazem uso das ações coletivas, por exemplo, Canadá e Austrália,[508] em que a legitimidade para a propositura das *class action* é de qualquer integrante da categoria, bastando para tanto que se

---

506 Exemplificativamente: ARRUDA ALVIM, José Manoel de et al. *Código do Consumidor comentado*, cit., p. 381-382; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*, cit., p. 113; FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. Breves considerações sobre as ações coletivas, cit., p. 143; GUEDES, Clarissa Diniz. A legitimidade ativa na ação civil pública e os princípios constitucionais, cit., p. 124.

507 Importante destacar que existem outros legitimados previstos nas demais legislações que integram o microssistema de tutela coletiva, por exemplo, na Constituição Federal de 1988, artigo 5.º, LXXIII, e na Lei da Ação Popular, artigo 1.º, em que foi atribuída legitimidade ao cidadão.

508 GIDI, Antônio Carlos Oliveira. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras, cit., p. 67.

mostre um representante verdadeiramente adequado. Isto é, trata-se do sistema de legitimidade *ope judicis*.

Logo, enquanto nas *class actions* norte-americanas a legitimidade é do indivíduo, para que ele exerça a representação adequada da coletividade, examinada pelo juiz em cada caso concreto, no Brasil, o autor é um representante institucional previsto em abstrato pelo legislador e por isso mesmo presume-se que ele seja um representante adequado.

Ocorre que essa situação não está pacificada na doutrina como a explanação acima pode sugerir.

Existem autores[509] que advogam a tese da suficiência do rol legal para determinar quais são os legitimados à propositura de ação coletiva, não sendo possível ao magistrado fazer essa avaliação, salvo nos casos expressamente previstos em lei.

De outra banda, existem aqueles[510] que entendem ser não só possível, mas também desejável que ocorra essa avaliação por parte do magistrado, sendo insuficiente a previsão legal do rol de legitimados, considerando para isso que

---

509 Entre eles podem-se destacar: ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*, cit., p. 110; ARRUDA ALVIM, José Manoel de et al. *Código do Consumidor comentado*, cit., p. 381-382; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*: atualizado até 20 de julho de 2006. São Paulo: RT, 2006. p. 247.

510 Entre os quais mencionamos: ARAÚJO, Rodrigo Souza Mendes de. *A representação adequada nas ações coletivas*, cit., p. 226; DIDIER JÚNIOR, Fredie. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC), cit., p. 95-105; FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Pontos nervosos da tutela coletiva, cit., p. 71; GIDI, Antônio Carlos Oliveira. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras, cit., p. 61-70; GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas, cit., p. 5-6; LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 207; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant class action* brasileira: limites propostos para o "Código de Processos Coletivos", cit., p. 313.

existem situações concretas em que, embora legalmente autorizado, determinado ente pode não ser o mais adequado, ressalva essa que deve ser estendida inclusive ao Ministério Público.

Nesse caminho, Fredie Didier Júnior[511] assevera que a análise da legitimação coletiva deve ocorrer em duas fases: na primeira verifica-se se o ente que pretende conduzir a tutela coletiva consta do rol legal; e na segunda, constatada sua presença no rol legal de legitimados, o magistrado analisará se o legitimado coletivo está apto para tutelar de maneira efetiva a tutela coletiva, pautando-se sempre de acordo com as peculiaridades do caso concreto, isto é, busca-se aferir se o representante *in casu* é o mais adequado.

Ada Pellegrini Grinover[512] entende que, apesar de o sistema brasileiro não vislumbrar a possibilidade de representação adequada, não seria de todo infenso, posto inexistir proibição legal nesse sentido, podendo por isso mesmo ser incorporado ao nosso sistema.

Demais disso, continua a mencionada autora[513] aduzindo que a própria interpretação do artigo 82, § 1.º, do Código de Defesa do Consumidor (da mesma forma como o artigo 5.º, § 4.º, da Lei da Ação Civil Pública) ao permitir que o juiz dispense a associação do requisito da pré-constituição há pelo menos um ano quando houver manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do

---

511 O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC), cit., p. 97.

512 Ações coletivas ibero-americanas, cit., p. 5-6. Adotando posição similar: GRECO, Leonardo. A tutela jurisdicional dos interesses coletivos, cit., p. 22.

513 GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas, cit., p. 5-6. No mesmo sentido: DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 211; LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 201.

dano ou pela relevância do bem jurídico, bem como a análise da legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos, já demonstram que o juiz, no caso concreto, fará essa aferição caso entenda que esses requisitos não estão presentes, negando-se, portanto, legitimidade à associação.[514]

A respeito do requisito da pré-constituição há pelo menos um ano das associações José Marcelo Menezes Vigliar assim se manifesta:

> Sabe-se que esses critérios são insuficientes. Não há a menor dificuldade em cumprir esse "compromisso cartorial". Funda-se uma associação com pouquíssimos recursos e, bastando que se faça seu registro na forma estipulada em lei obtém-se, um ano depois, o "título" de representante adequada.
>
> Mesmo que nunca tenha realizado nenhuma gestão em prol do meio ambiente, do patrimônio cultural, em prol do consumidor, etc., mesmo que não tenha fora dos "estatutos" um compromisso com a causa a que se comprometeu em seus atos constitutivos, receberá a legitimação para agir.
>
> […]
>
> Concordo que essas exigências devam ser mantidas. Mas devem ser as mínimas. Mais que esses requisitos, deve-se conceder ao juiz do caso concreto a análise do efetivo compromisso que guarda com a causa (seja do consumidor, seja do meio ambiente).

Em outras palavras, isso significa dizer que o juiz fará sim um exame da representação adequada no caso concreto, fato que nem mesmo os autores contrários a essa tese desconhecem, muito embora argumentem que se trata de uma exceção e que por isso mesmo deve ser interpretada restritivamente.[515]

---

[514] A respeito do requisito da pré-constituição de um ano é preciso dizer que essa exigência foi criada com o fito de impedir o surgimento de associações formadas com interesses escusos. No entanto, exceção a esse requisito também se tornou imperiosa para permitir o ingresso em juízo de associações constituídas recentemente. É o caso, por exemplo, de associações criadas para tutelar vítimas de acidentes graves. Com esse entendimento: NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*, cit., p. 705-706.

[515] ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*, cit., p. 114-115. Em sentido similar: ABELHA RODRIGUES, Marcelo. Ação civil pública. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.).

Uma linha de raciocínio interessante foi desenvolvida por José Marcelo Menezes Vigliar. Acompanhe:

> Fizemos uma suposta adesão ao denominado sistema *ope legis* crendo que, apenas por pertencermos à família jurídica da *civil law*, a previsão legal de um rol de legitimados bastaria à solução do problema. Puro engano.
>
> A jurisprudência (bastante expressiva), formada ao longo desses 20 anos de prática de processos coletivos, que versa a condição do legitimado ativo, não me deixa mentir nem exagerar. Em especial – e basta o leitor se socorrer de qualquer repertório autorizado –, considere-se a jurisprudência formada em relação ao Ministério Público. Estivéssemos num sistema *ope legis* (nunca estivemos porque ele é impraticável), não se discutiria tanto, em juízo, a preliminar da legitimação ativa![516]

E continua o mencionado autor concluindo que: "No Brasil, na melhor das hipóteses, temos um sistema 'misto': partimos de um rol de legitimados apresentados pelo legislador, mas o Judiciário faz sim (e deve mesmo realizá-lo) o controle da representação adequada".[517]

Assim, muito embora a legislação tenha selecionado previamente aqueles que estão aptos para tutelar os direitos coletivos *lato sensu*, seria ingênuo pensarmos que, simplesmente por essa razão, em todos os casos qualquer legitimado estará em condições reais de defender com acuidade os interesses de seu grupo, tornando-se dessa forma imperiosa a valoração por parte do magistrado em cada caso concreto.

Ações constitucionais. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 297, nota de rodapé n. 20.

516 *Defendant class action* brasileira: limites propostos para o "Código de Processos Coletivos", cit., p. 313.

517 Idem, ibidem, p. 315.

Mesmo aqueles que se mostram contrários à possibilidade do controle judicial da representação adequada nas ações coletivas reconhecem a insuficiência da mera existência de um rol legal para garantir a efetiva e adequada tutela dos direitos metaindividuais. Observe o pronunciamento de Elton Venturi:

> [...] a exemplo do que ocorre com a legitimação das demais entidades privadas (associações civis e sindicatos, sobretudo), a experiência brasileira já demonstrou à saciedade que a mera autorização legal para que qualquer pessoa física ou jurídica possa ajuizar ações coletivas, desacompanhada de uma análise empírica sobre a viabilidade econômica, técnica e política da empreitada judicial intentada, ao invés de propiciar o aperfeiçoamento e o incremento da tutela coletiva, parece conspirar contra ela.[518]

Portanto, claro está que, embora possamos nos enquadrar, *a priori*, no sistema de legitimidade denominado *ope legis*, isso não implica concluir que ele está imune a falhas, visto que mesmo aqueles entes previamente selecionados pelo legislador podem configurar representantes inaptos para a tutela de direitos metaindividuais, tornando-se, pois, indispensável que o juiz faça essa avaliação no caso concreto de modo que se busque alcançar um representante deveras adequado.

Além disso, é bom lembrar que legitimidade ativa e representação adequada são institutos diferentes, de modo que a apresentação de um rol de legitimados não quer significar que no caso concreto todos os entes legitimados exercerão da melhor maneira a defesa dos direitos metaindividuais.

---

[518] VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*, cit., p. 171-172.

3.1.3.2 A atuação do Ministério Público como custus legis

Outro argumento comumente utilizado para negar a possibilidade de controle judicial sobre a representação adequada é o fato de o Ministério Público sempre se fazer presente em todas as ações coletivas atuando como fiscal da lei, quando não for ele o próprio legitimado a instaurar a ação,[519] e que por isso eventuais falhas seriam por ele observadas, dado que estaria em uma posição privilegiada muito mais vantajosa do que o magistrado acompanhando toda a marcha processual.

É bem verdade que, de fato, o *Parquet* possui essa função e vem atuando de maneira expressiva nas ações coletivas, tendo em vista ser o legitimado que mais propõe esse tipo de ação, merecendo, portanto, todo o nosso reconhecimento como uma instituição independente e combativa que é.[520]

Ocorre que a mera participação do *Parquet* não garante que as ações coletivas estarão imunes de representações inadequadas.

Além disso, como bem nos lembra Antônio Carlos Oliveira Gidi:

---

519 Artigo 5.º, § 1.º, da Lei da Ação Civil Pública. "O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei."

Artigo 92 do Código de Defesa do Consumidor. "O Ministério Público, se não ajuizar a ação, atuará sempre como fiscal da lei."

520 Uma das razões que explicam essa maior participação do Órgão Ministerial na propositura de ações coletivas é o fato de ele ser o único legitimado que pode fazer uso do inquérito civil, um instrumento que possibilita a colheita de elementos probatórios, facilitando a instauração dessas ações. Esse instrumento possui previsão constitucional (artigo 129, III) e no microssistema das ações coletivas (artigo 8.º, § 1.º, da Lei da Ação Civil Pública; artigo 6.º, da Lei 7.853/89; artigo 201, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente; e artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor). Para um estudo mais profundo sobre o tema consultar: MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil* – investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

> Quem fiscalizará o fiscal da lei quando ele for autor de uma ação coletiva inadequadamente conduzida ou proposta? Uma representação inadequada prejudica os interesses do grupo, ainda que regada de boa vontade e boa-fé e abençoada pelo poder estatal. Muito embora goze de uma presunção de competência, a verdade é que também o Ministério Público pode ser um representante inadequado em alguns casos específicos e caberá ao juiz da causa controlar sua atuação no caso concreto.[521]

Portanto, mesmo sendo o Ministério Público o ente legitimado por excelência para a propositura das ações coletivas, é importante que sua atuação também seja submetida ao controle judicial a fim de resguardar o princípio do devido processo legal.

Assim, tem-se que a simples presença do Ministério Público como *custus legis* não é suficiente para garantir que os representantes sejam realmente adequados, bem como é preciso que sua atuação seja fiscalizada quando ele for o autor da demanda coletiva.

3.1.3.2 O risco de arbitrariedade e/ou parcialidade judicial

Por fim, um último argumento utilizado por aqueles que se mostram contrários ao controle judicial da representação adequada nas ações coletivas é que isso aumentaria em quantidade considerável o risco de o magistrado agir de modo arbitrário e/ou parcial, visto que esse controle ficaria a seu critério, outorgando-lhe muito poder e no fim das contas ele é quem ficaria sem controle.[522]

---

[521] GIDI, Antônio Carlos Oliveira. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras, cit., p. 64.

[522] Com esse entendimento: MAIA, Diogo Campos Medina. *Fundamentos da ação coletiva passiva*, cit., p. 143.

É claro que essa preocupação não pode ser olvidada.

Ocorre que o perfil do magistrado atual não é mais o mesmo daquele da época em que vigia o Estado Liberal, no qual o individualismo e os ideais revolucionários imperavam, refletindo diretamente no papel do Direito, de modo que a função do magistrado deveria amoldar-se a esse quadro, permanecendo inerte para que não prejudicasse a liberdade e a autonomia das partes.

Por conseguinte, a explicação para essa postura mais inerte do juiz é histórica. E nós herdamos esse ranço individualista que não tem mais espaço na sociedade contemporânea, em que o juiz deve se mostrar cada vez mais ativo para que o processo, como instrumento que é, alcance seu objetivo: realizar o direito material, preocupando-se muito mais com a verdadeira busca da justiça e da efetividade do que com os rigores da forma.

Nessa esteira, valiosas são as lições de Marcelo Abelha Rodrigues:

> […] a técnica processual deixa de ser fria e passa a ser permeada de sensível carga ideológica, voltada para o social. Diminui-se a preocupação com as técnicas de segurança para buscar-se as soluções que prezem pela efetividade. O tempo no processo constitui um sério fator comprometedor do resultado, e por isso passa a ser um rival que deve ser administrado. A busca da verdade real (ordem jurídica justa) incita e obriga um comportamento ativo, tórrido, participativo, inquietante do magistrado, que deve saber distinguir os termos parcial de ativo; parcial de participativo; parcial de inquieto; parcial de perseguidor da verdade.
>
> […]
>
> Para aqueles que pensariam estarmos diante de uma conduta parcial, ao agir dessa forma, sinceramente, prefiro um juiz que assim aja do que aqueles que cometem a mais grave das parcialidades, que é

> se manter omisso e estático diante das agruras da vida que estão impressas nos autos de um processo.[523]

Nessa mesma linha Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida pronuncia-se:

> As profundas transformações nas áreas econômica, política e sócio-cultural, tanto no plano científico como tecnológico e operacional, ocorridas, em ritmo cada vez mais acelerado, nos últimos tempos, requerem uma mudança de atitude do Judiciário e dos magistrados para que possam corresponder aos atuais anseios da sociedade.
>
> […]
>
> Com o crescente volume e complexidade das lides trazidas ao conhecimento e apreciação do Poder Judiciário, ganha cada vez maior relevância o ensinamento, sempre atual, de que *o operador do direito, notadamente o magistrado, não é um mero autômato da aplicação da lei*.[524]

Assim, em atendimento às novas exigências da realidade social e ao Estado Democrático de Direito em que vivemos, é preciso que se faça uma releitura da função do juiz,[525] para que se possa, de fato, garantir a realização do direito material e a efetividade ao processo, sem que isso configure arbitrariedade e/ou parcialidade do magistrado. Razão maior para isso deve existir quando se tratar de demandas coletivas.

Nesse sentido, precisas são as palavras de Pedro Lenza: "*Imparcialidade* não se confunde com '*neutralidade'*, ou comodismo. O juiz deve ter uma

---

523 ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 186-187.

524 YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 124-126, passim.

525 A respeito da função do jurista atual, consultar: CHORÃO, Mário Bigotte. *Introdução ao direito*. Coimbra: Almedina, 2000. v. 1, p. 84. E tratando especificamente dos poderes do juiz diante dessa nova formatação do Estado democrático: CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *Revista de Processo,* São Paulo: RT, ano 32, n. 153, p. 33-46, nov. 2007. E afirmando que há uma forte tendência em ampliar os poderes do juiz: LISBOA, Celso Anicet. A aproximação recíproca dos diversos ordenamentos jurídicos por meio dos códigos-modelo, cit., p. 247.

participação mais efetiva, especialmente, quando o objeto da discussão envolva bens *transindividuais*".[526]

Portanto, na atual sociedade de massas não existe mais lugar para um juiz omisso e submisso às leis sem atentar-se para as mais variadas facetas que o caso concreto suscita, sendo imperioso que ele adote uma postura mais ativa, principalmente quando se tratar de direitos metaindividuais, a fim de realmente alcançar um provimento jurisdicional justo e efetivo.

Consoante ensinamento de Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior,[527] essa postura pró-ativa do juiz constitui um dos princípios da tutela coletiva denominado "princípio do ativismo judicial".

Logo, torna-se indispensável conferir ao magistrado o controle da representação adequada para que a demanda coletiva seja instaurada e/ou conduzida da melhor maneira, garantindo que os conflitos de massas e entre massas receberão a devida tutela processual e que haverá observância ao princípio do devido processo legal, seu real fundamento legitimador.

3.1.4 O controle judicial da representação adequada negativo e positivo

Refutados que foram todos os argumentos contrários ao controle judicial da representação adequada, cumpre aduzir que, entre os vários doutrinadores nacionais que o defendem, alguns deles o admitem apenas para negar legitimidade

---

526 LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*, cit., p. 302.

527 *Curso de direito processual civil*, cit., p. 118.

ao ente coletivo que não se mostrar o mais apto para instaurar e/ou conduzir dada ação coletiva, enquanto outros adotam uma postura mais ativa e a defendem *de lege lata* como meio capaz de viabilizar a ação coletiva passiva, posição que mais nos interessa neste trabalho.

Quanto aos doutrinadores que advogam a tese do controle judicial da representação adequada em nosso ordenamento jurídico apenas para negar legitimidade ao ente coletivo, podemos destacar o estudo de Cassio Scarpinella Bueno ao afirmar:

> Que a lei possa (e deva) indicar soluções, não há o que contestar. O que não pode fazer, todavia, é pretender, em grau de definitividade que aquela solução seja a mais adequada e a mais escorreita possível, não permitido ao aplicador da lei liberdade para, caso a caso, valorar as situações e verificar se o espírito daquele dispositivo está em sintonia à cláusula constitucional precitada. Desde que positiva sua pesquisa, não há qualquer óbice de a lei, tal qual escrita, ser aplicada. De outro lado, na negativa, plausível que o juiz entenda que, naquele caso concreto, os vetores do devido processo legal não estão sendo *adequadamente* cumpridos. Nestes casos, deve recusar, motivadamente, o prosseguimento da ação, ao menos, enquanto veículo de tutela coletiva.[528]

No mesmo diapasão, Antônio Carlos Oliveira Gidi também defende *de lege lata* o controle jurisdicional da representação adequada apenas para negar legitimidade aos entes inadequados aduzindo que: "[…] o juiz brasileiro não somente *pode*, como *tem* o dever de avaliar a adequada representação dos interesses dos grupos em juízo".[529]

---

[528] BUENO, Cassio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras, cit., p. 129.

[529] GIDI, Antônio Carlos Oliveira. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta, cit., p. 68.

Já entre aqueles que admitem o controle judicial da representação adequada como forma de viabilização da ação coletiva passiva destacamos o magistério de Ada Pellegrini Grinover[530] para quem a análise da representação adequada é condição *sine qua non* para a admissibilidade das ações em desfavor da coletividade.

E Fredie Didier Júnior seguindo essa mesma linha interpretativa acrescenta:

> A despeito de não existir expressa previsão legal nesse sentido, o "representante adequado" para as ações coletivas é uma garantia constitucional advinda do devido processo legal coletivo, esfera na qual "os direitos de ser citado, de ser ouvido e de apresentar defesa em juízo são substituídos por um direito de ser citado, ouvido e defendido através de um representante. Mas não através de um representante qualquer: o grupo deve ser representado em juízo por um representante adequado".[531]

Concordamos com o referido autor, pois entendemos que a possibilidade de o controle judicial da representação adequada não só pode, como deve ser admitido em nosso ordenamento jurídico *de lege lata* por ser uma decorrência direta do princípio constitucional do devido processo legal.[532]

Na aferição desse controle o magistrado deverá identificar a relação existente entre o legitimado que se propõe a representar a coletividade e essa mesma

---

530 Ações coletivas ibero-americanas, cit., p. 6.

531 DIDIER JÚNIOR, Fredie. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC), cit., p. 98-99.

532 Importante informar que, a despeito de defendermos a possibilidade do controle judicial da representação adequada sem nenhuma alteração legislativa, existem propostas *de lege ferenda* nesse sentido. É o que prevêem o anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América (artigo 2.º, I e § 2.º); o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos coordenado por Ada Pellegrini Grinover (artigo 20, I, §§ 1.º, 2.º, 3.º e 4.º); e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborado pelos programas de pós-graduação da UERJ/ Unesa (artigo 8.º, I e § 1.º).

coletividade, no sentido de verificar se os interesses de ambos são coincidentes, não havendo antagonismos nem conflitos, além de constatar a credibilidade, capacidade e experiência do representante, bem como a possibilidade de conferir vigorosa tutela ao grupo.

Confirmados esses requisitos pelo magistrado, tem-se que o representante apresentado para o caso é adequado, e, consoante lições de Antônio Carlos Oliveira Gidi, o representante "não precisa ser perfeito, basta que ele seja adequado".[533]

Dessa forma, a partir do controle judicial da representação adequada, será possível admitirmos a ação coletiva passiva em nosso ordenamento jurídico sem que isso configure desrespeito ao princípio do devido processo legal, pois restará equalizada a necessidade de jurisdicionalização do conflito com o direito fundamental de defender-se em um processo.

3.1.5 O devido processo legal, a representação adequada e a ação coletiva passiva

Já restou comprovado ao longo de todo este trabalho que a sociedade contemporânea possui como nota característica a massificação das relações sociais e que por isso mesmo os conflitos se dão de forma massificada, resultando não apenas em conflitos *de* massas, mas também em conflitos *entre* massas.

---

[533] GIDI, Antônio Carlos Oliveira. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras, cit., p. 67.

Sendo assim, essa nova conjuntura social reclama a adoção de novos instrumentos processuais (daí defendermos neste trabalho o cabimento da ação coletiva passiva), bem como uma atuação mais participativa do magistrado no deslinde das questões judiciais, principalmente se se tratar de demandas coletivas (controle judicial da representação adequada).

Mas isso não é tudo. Ainda é necessário que alguns princípios se amoldem a essa nova realidade social para que garantam a efetividade da tutela desses novos conflitos. É o que acontece, por exemplo, com o princípio do devido processo legal e seus corolários do contraditório e da ampla defesa. Confira as lições de Mauro Cappelletti que explicam essa necessidade de alteração:

> […] os milenares princípios de defesa e de contraditório se revelam insuficientes diante das mutantes exigências da sociedade contemporânea. Tal insuficiência, por outro lado, não significa abandono, mas superação. É necessário superar sistemas de um garantismo processual de caráter meramente individualístico […]. Em seu lugar, deve nascer um novo e mais adequado tipo de garantismo, que eu gostaria de definir como "social" ou "coletivo", conceito não somente para a salvaguarda dos indivíduos em um processo individualístico, mas também para a salvaguarda dos múltiplos e extremamente importantes novos grupos e "corpos intermediários" que também reclamam acesso à justiça para a tutela de seus interesses. Somente deste modo, enfim, será integralmente atuado o preceito constitucional, que quer não apenas o respeito do direito de defesa e, portanto, do contraditório […], mas quer, também, uma efetiva tutela dos direitos e dos interesses legítimos [...].[534]

Na mesma esteira, Elton Venturi também percebe a necessidade de revisitação do princípio do devido processo legal para que atenda às novas exigências

---

[534] CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, cit., p. 154-155.

da realidade social, defendendo a instauração de um "garantismo coletivo", além de apontar um fundamento que respalda a revisitação desse princípio. Observe:

> […] assevere-se que a releitura do devido processo legal acima preconizada não constitui, em absoluto, qualquer *subversão*. Trata-se apenas de emprestar efetiva vigência a um princípio geral de hermenêutica acentuado por expressa disposição normativa implementada no ordenamento jurídico brasileiro em 1942, todavia praticamente esquecida. Cuida-se do art. 5 do Decreto-lei 4.657, de 4.7.1942 (Lei de Introdução ao Código Civil), segundo o qual "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".[535]

Dessa forma, é totalmente pertinente a colocação de Mauro Cappelletti no sentido de defender a existência de um "devido processo legal coletivo ou social", pois, além de atender aos anseios do momento atual das demandas coletivas, ainda encontra amparo legal no artigo 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil, como bem pontuou Elton Venturi.

Ultrapassada essa questão e considerando que o devido processo legal deve ser observado em toda e qualquer ação – o que por óbvio não retira sua incidência quando se tratar das ações coletivas passivas, como já foi mencionado em outra passagem desse trabalho[536] –, a garantia de seu cumprimento se dará justamente com o controle judicial da representação adequada.

Isto é, no caso concreto, o magistrado aferirá se aquele ente que se propõe a representar a coletividade inserida no pólo passivo realmente encontra-se habilitado para tal feito.

---

[535] VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*, cit., p. 151.

[536] Capítulo 2, item 2.4.4.9.

Sendo a resposta positiva, implica concluir que houve observância ao princípio do devido processo legal e, portanto, todos os envolvidos no processo ainda que não tenham sido pessoalmente ouvidos ou citados ficarão vinculados à decisão judicial.

Do contrário, se o magistrado concluir que o representante não está habilitado para conduzir e/ou instaurar a demanda coletiva, a solução apontada por Antônio Carlos Oliveira Gidi,[537] com a qual concordamos inteiramente, é a de que se deve substituir esse legitimado por um dos outros co-legitimados, analogicamente ao que acontece se autor da ação coletiva desistir ou abandoná-la, como dispõe o artigo 5.º, § 3.º, da Lei da Ação Civil Pública.[538]

Caso não ocorra essa substituição, o processo deverá ser extinto sem julgamento de mérito, com base no artigo 267, IV, do Código de Processo Civil[539] e considerando sua aplicação subsidiária no microssistema das ações coletivas, tendo em vista que a representação adequada figura como pressuposto de efetividade da tutela coletiva, permitindo o respeito às garantias constitucionais do processo.[540]

Nesses casos, o magistrado deverá abrir prazo e oportunidade para que o representante inadequado seja substituído por outro adequado.

---

537 A representação adequada nas ações coletivas brasileiras, cit., p. 68.

538 Artigo 5.º, § 3.º "Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa."

539 Artigo 267. "Extingue-se o processo sem resolução do mérito:

[...]

IV – quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo."

540 Consultar: LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, cit., p. 169.

Contudo, se a constatação pelo magistrado, de que o representante *in casu* não está apto para representar os interesses de dada coletividade, ocorrer após a prolação da sentença, a única solução apontada mais uma vez por Antônio Carlos Oliveira Gidi é a de que "a sentença coletiva não fará coisa julgada material e a mesma ação coletiva poderá ser reproposta por qualquer legitimado".[541]

Portanto, como se pode observar, essa solução é apresentada em analogia ao que acontece com a ação coletiva para a tutela de direitos difusos reproposta com base em nova prova (artigo 103, I, do Código de Defesa do Consumidor).

Por tudo o quanto foi apresentado, tem-se que a relação existente entre o princípio do devido processo legal, a representação adequada e a ação coletiva passiva é de interdependência, visto que a garantia de cumprimento ao devido processo legal decorre necessariamente da admissão do controle judicial da representação adequada nas ações coletivas, ao mesmo tempo em que esse último constitui uma decorrência do primeiro, e os dois institutos juntos são os responsáveis pela viabilização da ação coletiva passiva no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1.6 Legitimados passivos

Admitido o controle judicial da representação adequada nas ações coletivas brasileiras *de lege lata*, outro ponto delicado que deve ser vencido para viabilizar a

---

[541] GIDI, Antônio Carlos Oliveira. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras, cit., p. 68.

propositura de uma ação coletiva passiva é o de saber contra quem a demanda será formulada, isto é, quem ocupará o pólo passivo da relação jurídica processual?

O tema da legitimidade passiva não vem sendo tratado com muitos questionamentos, pois de um modo geral aqueles que dedicam alguma parte de seu estudo para o assunto afirmam com tranqüilidade e sem maiores indagações que terá legitimidade para ocupar o pólo passivo das demandas coletivas qualquer pessoa física ou jurídica que realize ou ameace realizar conduta lesiva aos interesses metaindividuais.[542]

Entretanto, essa afirmação generalizada não é o bastante para oferecer os contornos precisos da ação coletiva passiva.

Não obstante, também podemos partir de uma afirmação genérica no sentido de que, via de regra, qualquer coletividade organizada, desde que dotada de personalidade jurídica, poderá figurar no pólo passivo de uma demanda coletiva.

Assim, desde que haja legitimação ativa, e considerando que inexiste proibição legal, todos legitimados ativos enumerados no artigo 5.º da Lei da Ação Civil Pública e artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor poderão figurar no pólo passivo das referidas ações. São eles: Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, entidades e órgãos da administração direta e indireta e as associações.

---

[542] É o que se extrai, por exemplo, das obras de: FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 5. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 328; e PIZZOL, Patricia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*, cit., p. 140.

Chegamos a essa conclusão, pois do contrário não seria possível explicar o ajuizamento de reconvenção, de ação declaratória incidental, de ação rescisória intentada com a finalidade de rescindir sentença de procedência prolatada em ação coletiva, de cautelar incidental ou os embargos do executado e de terceiro em execução coletiva. Como a análise da legitimidade passiva nesses casos já foi estudada em outra passagem deste trabalho, remetemos o leitor à leitura desse tópico.[543]

Portanto, a resposta a quem poderá figurar como réu nas ações coletivas passivas já foi parcialmente oferecida, de modo que nos ateremos nesse item tão-somente a analisar as questões mais polêmicas, como é o caso da inserção do Ministério Público no pólo passivo das demandas coletivas e das coletividades representadas por entes não previstos no microssistema das ações coletivas. É o que faremos a seguir.

3.1.6.1 O Ministério Público como réu

É comum na doutrina a afirmação de que o Ministério Público não poderá figurar como réu em uma ação coletiva em razão de não possuir personalidade jurídica para tanto, muito embora possua capacidade postulatória.[544]

Então, nesses casos a solução encontrada é inserir no pólo passivo das demandas coletivas a União ou o Estado-membro de acordo com a especificidade

---

543 Consultar Capítulo 2, item 2.4.2.2.

544 É o entendimento esposado por: MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 100; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, cit., p. 201-202, e pode ser estendido à Defensoria Pública.

do caso, visto que o Ministério Público é um órgão originário do Estado e por isso mesmo é que ele responderá.[545]

Ocorre que nem sempre esse raciocínio poderá ser utilizado. Acompanhe o exemplo elucidativo citado por Diogo Campos Medina Maia:

> […] citamos uma hipótese de ação rescisória proposta em face do Estado-membro, por conta de uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual. Na circunstância de o próprio Estado-membro ter sido réu na ação coletiva originária ter-se-ia configurada *confusão* entre autor e réu (art. 267, X, do CPC), que seriam, no caso, o próprio Estado-membro, evidenciado que os interesses do Estado e do Ministério Público, neste aspecto, tão distintos.[546]

Como se pode observar, haverá situações em que a própria instituição do Ministério Público é quem realmente assumirá o pólo passivo da relação jurídica processual, sob pena de haver confusão entre autor e réu.

Dessa feita, essa impossibilidade, *a priori*, de o Ministério Público figurar como réu em ação coletiva passiva deve ser mitigada, pois nos casos de ação rescisória proveniente de ação coletiva, cautelar incidental, embargos do executado ou embargos de terceiro ele assumirá o pólo passivo da relação jurídica processual, [547] ressalvados os casos de reconvenção e ação declaratória incidental, pois nesses casos o réu deve possuir legitimidade passiva da mesma forma como se fosse réu em uma ação coletiva passiva originária. Vale lembrar que todas essas ações constituem exemplos de ação coletiva passiva incidente ou derivada.

---

545 Nesse sentido: MAIA, Diogo Campos Medina. *Fundamentos da ação coletiva passiva*, cit., p. 155; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 100.

546 MAIA, Diogo Campos Medina. *Fundamentos da ação coletiva passiva*, cit., p. 155.

547 Nessa ótica: Idem, ibidem, p. 155; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 321; VIOLIN, Jordão. *Ação coletiva passiva*, cit., p. 130.

3.1.6.2 A coletividade representada por ente não previsto no rol de legitimados do microssistema das ações coletivas

Defendemos neste trabalho que só poderão figurar no pólo passivo de uma relação jurídica processual os entes que estão previstos no rol de legitimados do microssistema das ações coletivas, pois entendemos que uma coletividade só poderá ser representada pelos entes elencados no artigo 5.º da Lei da Ação Civil Pública e artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que esses entes podem se sujeitar ao controle judicial da representação adequada.

Demais disso, trata-se de proposta que independe de alteração legislativa e que por isso mesmo não vislumbra a possibilidade de inserção no pólo passivo de movimentos sociais sem personalidade jurídica, como o faz Diogo Campos Medina Maia [548] ao defender que os grupos sem personalidade jurídica estariam inseridos no conceito de associação de fato e, portanto, seus conflitos seriam judicializados.

Ocorre que, para chegar a essa conclusão, o mencionado autor faz uso de conceitos pertencentes ao direito comercial, extrapolando os limites a que nos propomos de estarmos cingidos às disposições do microssistema das ações coletivas e sempre à luz da Constituição Federal de 1988.

Não obstante, reconhecemos a necessidade de judicialização desses conflitos, entretanto isso só será possível mediante alteração legislativa, pois o sistema atual ainda não comporta essa solução, posto que o controle judicial da representação adequada não é capaz de validar a atuação desses entes não-legitimados.

---

[548] *Fundamentos da ação coletiva passiva*, cit., p. 158-173.

Uma ressalva que deve ser feita à possibilidade de inserção no pólo passivo de entes sem personalidade jurídica ocorre nos casos em que a própria legislação concede essa permissão. Nessa esteira Hugo Nigro Mazzillli pontua:

> Em algumas situações, a lei permite que entes, ainda que desprovidos de personalidade jurídica de direito material, possam ser réus em ação civil pública ou coletiva, nos termos do art. 12, VII, do CPC, pois para tanto lhes basta a chamada *personalidade judiciária*. É o que ocorre com os consórcios, os condomínios de apartamentos, a massa falida, o espólio, a sociedade de fato, etc.[549]

Portanto, só poderão figurar no pólo passivo das demandas coletivas aqueles entes que possuem legitimidade prevista no microssistema das ações coletivas.

3.2 Coisa julgada

3.2.1 Considerações iniciais

O instituto da coisa julgada encontra seu fundamento de validade na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5.º, XXXVI, ao dispor que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, possuindo, portanto, natureza de cláusula pétrea.

Também há previsão legal da coisa julgada no Código de Processo Civil, artigo 467: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

---

[549] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, cit., p. 317.

Segundo lições de Patricia Miranda Pizzol, o objetivo da coisa julgada é garantir o cumprimento do princípio da segurança jurídica dotando de definitividade as decisões do Poder Judiciário, bem como conferir estabilidade às relações sociais e evitar julgados conflitantes.[550]

Em sentido similar, Marcelo Abelha Rodrigues e Rodrigo Klipel acrescentam: "A coisa julgada deve ser vista como um atributo da decisão judicial, que a torna indiscutível, garantindo aos sujeitos a ela vinculados a segurança de que foi dada uma solução definitiva à situação conflituosa que os envolvia".[551]

E continua a referida autora aduzindo que a coisa julgada pode ser definida como: "a qualidade de imutabilidade, de indiscutibilidade de que se reveste a sentença, mais especificamente a parte dispositiva desta (limite objetivo) e, via de regra, em relação às partes processuais (limite subjetivo)".[552]

Contudo, tratando-se da coisa julgada oriunda das ações coletivas, não haverá a incidência dos mesmos limites subjetivos propostos pelo artigo 472 do Código de Processo Civil,[553] tendo em vista que a coisa julgada alcançará mesmo aqueles que não foram parte diretamente no processo.

---

[550] Coisa julgada nas ações coletivas, p. 1. Disponível em: <htpp://www.pucsp.br/tutelacoletiva/dowload/artigo_patricia.pdf>. Acesso em: 22 out. 2008.

[551] ABELHA RODRIGUES, Marcelo; KLIPEL, Rodrigo. A homologação judicial do TAC e a formação da coisa julgada coletiva em matéria ambiental. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *O novo processo civil coletivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 221.

[552] Coisa julgada nas ações coletivas, p. 1. Disponível em: <htpp://www.pucsp.br/tutelacoletiva/dowload/artigo_patricia.pdf>. Acesso em: 22 out. 2008.

[553] Artigo 472. "A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros."

Assim, a depender da espécie de direito material tutelado em juízo, é que a coisa julgada nas ações coletivas se formará, consoante prevêem os artigos 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor. É o que se verá a seguir.

3.2.2 Coisa julgada nas ações coletivas ativas

Para que possamos compreender com clareza a formação da coisa julgada nas ações coletivas passivas, antes é preciso que retomemos, ainda que resumidamente, a formação da coisa julgada nas ações coletivas ditas ativas, posto que esse tratamento servirá de balizamento para as idéias que serão trazidas oportunamente, constituindo o verdadeiro objetivo deste tópico sobre a coisa julgada.

Dessa forma, tratando-se de direitos e interesses difusos, em razão da própria característica do bem tutelado (objeto indivisível, titulares indeterminados e a inexistência da relação jurídica base entre eles), consoante dispõe o artigo 103, I, do Código de Defesa do Consumidor, a coisa julgada haverá de ser *erga omnes*, atingindo toda a coletividade, salvo nos casos de improcedência por falta de provas, situação em que qualquer co-legitimado poderá intentar nova ação, com o mesmo fundamento, desde que se valendo de nova prova. É o que a doutrina costuma denominar de coisa julgada *secundum eventum probationis*.[554]

---

[554] Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior explicam que: "O CDC consagrou a coisa julgada *secundum eventum probationis* para as ações coletivas que versam sobre direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*. A coisa julgada *secundum eventum probationis* é aquela que se forma em caso de esgotamento das provas – ou seja, se a demanda for julgada procedente ou improcedente com suficiência de provas". *Curso de direito processual civil*, cit., p. 344.

Já no caso dos direitos ou interesses coletivos *stricto sensu*, de acordo com a determinação do artigo 103, II, do Código de Defesa do Consumidor, a coisa julgada que se forma nesses casos é tida por *ultra partes*, tendo em vista que alcançará o grupo, categoria ou classe, com a mesma ressalva feita para os direitos e interesses difusos, no sentido de que isso não ocorrerá nos casos de improcedência por falta de provas, possibilitando que qualquer co-legitimado instaure outra ação, com os mesmos fundamentos, desde que munido de nova prova.

E quanto à formação da coisa julgada, cuidando-se de direito ou interesse individual homogêneo, o artigo 103, III, do Código de Defesa do Consumidor preconiza que a coisa julgada se operará *erga omnes* apenas nos casos de procedência do pedido para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores.

Nos casos de improcedência do pedido, consoante se retira do artigo 103, III, § 2.º, do Código de Defesa do Consumidor, fica facultado aos indivíduos promover ações individuais a fim de discutirem o mesmo assunto, mas desde que não tenham ingressado na lide coletivo como litisconsorte ou assistente litisconsorcial do legitimado.

Outra exceção que se vislumbra no caso de procedência do pedido é que, se o indivíduo tiver ingressado com ação individual e quiser se valer da sentença de procedência constante de ação coletiva, é imperioso que tenha requerido a suspensão da sua ação individual no prazo de trinta dias a contar da data em que teve ciência da propositura da ação coletiva. É o que se depreende do artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor.

No que se refere à ciência da ação coletiva, entendemos que esta deve ocorrer nos autos do processo individual, pois a publicação de edital prevista no artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor é insuficiente para garantir tal divulgação.

Nessa esteira, Patricia Miranda Pizzol aponta uma solução interessante para resolver esse problema:

> [...] entendemos que o mais adequado para que os consumidores tomem ciência efetiva da propositura da ação coletiva é a divulgação desta nos meios de comunicação social de massa (televisão, rádio), além da publicação de informe em jornais de ampla circulação; tudo às expensas do fornecedor, como meio de facilitação da defesa do consumidor em juízo, conforme art. 6.º, VIII, do CDC, podendo, inclusive tais medidas ser impostas de ofício, com fundamento nos arts. 84, § 5.º, do CDC e 461, § 5.º, do CPC.[555]

Cumpre informar ainda que a coisa julgada formada nos casos de direitos ou interesses difusos e coletivos *stricto sensu* constitui o que se costuma denominar de coisa julgada *secundum eventum litis*, isto é, faz-se referência à coisa julgada que se formará a depender do resultado do processo: *erga omnes* ou *ultra partes.*[556]

É importante destacar ainda que, nas duas categorias de direitos e interesses tratadas acima, conforme se extrai do artigo 103, § 1.º, do Código de Defesa do Consumidor, "os efeitos da coisa julgada […] não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe". Isso significa que os indivíduos poderão promover suas ações individuais.

---

555 PIZZOL, Patricia Miranda. Coisa julgada nas ações coletivas, p. 15. Disponível em: <htpp://www.pucsp.br/tutelacoletiva/dowload/artigo_patricia.pdf>. Acesso em: 22 out. 2008.

556 Nesse sentido: Idem, ibidem.

Outro aspecto que merece algumas palavras diz respeito à abrangência da expressão “improcedência por insuficiência de provas”, bem como ao conceito de “nova prova” constantes do artigo 103, I e II, Código de Defesa do Consumidor.

No tocante à expressão “improcedência por insuficiência de provas”, algumas questões são suscitadas no sentido de ser necessário ou não que o magistrado declare expressamente se se trata de uma sentença de improcedência por insuficiência de provas ou com provas suficientemente produzidas. Adiantamos desde já que existem posicionamentos nos dois sentidos.

Para Luiz Antônio Rizzato Nunes, por exemplo, é necessário que o magistrado declare expressamente na sentença que se trata de uma improcedência por insuficiência de provas. Acompanhe suas palavras:

> […] como a norma faz referência à insuficiência de provas, é importante que na sentença o magistrado se manifeste expressamente a respeito. Por isso, deve a entidade-autora pedir, ainda que em memoriais, que o juiz, caso julgue a ação improcedente, diga muito claramente se o faz por insuficiência de provas. Se tal fato não se der, deve a autora ingressar com embargos de declaração para obter expressamente na sentença essa declaração.[557]

Por outro lado, existem aqueles que propugnam entendimento no sentido de ser dispensável a declaração expressa por parte do magistrado, de modo que ainda assim restará configurada a improcedência por insuficiência de provas, tese com a qual coadunamos. Nessa esteira, esclarecedoras são as lições de Patricia Miranda Pizzol:

---

[557] NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Curso de direito do consumidor*, cit., p. 749. Adotando o mesmo entendimento: ARRUDA ALVIM, José Manoel de et al. *Código do Consumidor comentado*, cit., p. 464.

> Entendemos que mesmo não declarando o juiz que a improcedência se deve à insuficiência das provas, se a sentença tiver sido proferida sem a totalidade das provas disponíveis à época, deve-se entender que a hipótese é de insuficiência de provas, permitindo-se a repropositura da ação. [558]

E vai mais além a mencionada autora aduzindo que:

> Aliás, no nosso sentir, mesmo que conste da sentença, expressamente, a suficiência da prova, caso seja proposta nova ação posteriormente, com nova prova, deve-se deferir o processamento da causa sob o argumento de que, a rigor, a sentença foi de improcedência por insuficiência de provas.[559]

E relativamente ao conceito de "nova prova" concordamos com Marcelo Abelha Rodrigues para quem não é necessário que essa "nova prova" surja apenas após o trânsito em julgado do processo anterior, acrescentando ainda que:

> […] a prova pode ter sido até mesmo postulada e não admitida a sua produção no processo anterior. Se assim é, nada mais lógico que admitir que o conceito englobe também as provas que não existiam à época do processo ou aquelas que, embora existentes, eram desconhecidas ou tinham seu uso impossibilitado.[560]

Essas foram as linhas gerais que nos propusemos a apresentar sobre a coisa julgada nas ações coletivas ativas, não desconhecendo que o tema suscita muitas outras ponderações. Esse não é o nosso objetivo, razão pela qual passamos à análise da coisa julgada nas ações coletivas passivas.

---

558 PIZZOL, Patricia Miranda. Coisa julgada nas ações coletivas, p. 17-18. Disponível em: <htpp://www.pucsp.br/tutelacoletiva/dowload/artigo_patricia.pdf>. Acesso em: 22 out. 2008. No mesmo sentido: GIDI, Antônio Carlos Oliveira. *Coisa julgada e litispendência*, cit., p. 134.

559 Idem, ibidem, p. 18.

560 ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 234.

3.2.3 Coisa julgada nas ações coletivas passivas

Esse é com certeza um dos temas mais delicados da ação coletiva passiva, constituindo um dos fortes argumentos para aqueles que propugnam pela inadmissibilidade da ação coletiva passiva no ordenamento jurídico brasileiro.

Reconhecemos a dificuldade da questão e a escassez de doutrinadores discorrendo a respeito do assunto, [561] mas, ainda assim, ousamos enfrentá-la, pois sem o qual tudo o quanto foi dito até agora perde o sentido, se não for possível garantir que a coisa julgada se formará nas ações coletivas passivas.

Logo, iniciamos o assunto retomando questões já referidas outrora, no sentido de que podemos afirmar que haverá a formação da coisa julgada nas ações coletivas passivas porque houve observância ao princípio constitucional do devido processo legal, considerando-se, claro, sua nova feição social ou coletiva, e que em conseqüência disso é possível aferirmos se o representante *in casu* é realmente adequado, e que, portanto, a coisa julgada poderá afetar aqueles que não participaram diretamente do processo.

Corroborando com essa nossa posição, observe as considerações realizadas por Mauro Cappelletti:

> Se a "parte ideológica" (indivíduo ou associação) que leva a Juízo um certo interesse meta-individual é adequadamente representativa da classe inteira ou grupo aos quais aquele interesse vai ter, será perfeitamente legítimo que o Juízo explique os seus efeitos mesmo nos confrontos das "partes ausentes". De fato, todos os membros da

[561] Podemos destacar o estudo pioneiro de GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas, cit., p. 8.

> classe, mesmo os não individualizados, nem notificados, em suma, não individualmente "ouvidos", haviam, todavia, tido seu *fair hearing* através das garantias de defesa e do contraditório, assegurado ao representante ideológico o *private attoney general* da mesma classe.[562]

Portanto, como se pode observar, a formação da coisa julgada nas ações coletivas passivas é uma conseqüência da interpretação sistemática e conjugada de que tudo o que já foi defendido neste trabalho: o cumprimento do devido processo legal, bem como a admissibilidade do controle judicial da representação adequada.

Todavia, em que pese essa decorrência possuir matiz constitucional, o que possibilita sua formação, ainda se faz necessário demonstrar como se dá sua ocorrência em cada espécie de ação coletiva passiva, para que, de fato, essa ação tenha efetividade.

Dessa feita, as próximas linhas estão destinadas a analisar a formação da coisa julgada nas ações coletivas passivas originárias, incidentes e nas duplamente coletivas.

3.2.3.1 Ação individual em face da coletividade

Esse tipo de ação coletiva passiva se perfaz quando um indivíduo, isoladamente considerado, propõe ação em desfavor de uma dada coletividade.

---

[562] CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, cit., p. 155.

Como já mencionado em momento anterior, as primeiras conclusões ofertadas para viabilizar a formação da coisa julgada nas ações coletivas foram dadas por Ada Pellegrini Grinover, e é justamente nelas que nos balizaremos, mas com algumas temperanças.

a) Nos direitos e interesses difusos e coletivos stricto sensu

Tratando-se de direitos e interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, Ada Pellegrini Grinover nos apresenta a seguinte solução para a formação da coisa julgada coletiva passiva nesses casos:

> […] em caso de ação individual movida contra a classe ré, em se tratando de interesses difusos ou coletivos, bastará inverter a previsão legal do art. 103, I e II, do Código de Defesa do Consumidor (e art. 16 da Lei da Ação Civil Pública), de modo que a sentença de procedência contra a classe, em que o juiz reconheça a insuficiência da defesa coletiva, não faça coisa julgada, podendo o autor intentar a mesma ação contra a classe, "representada" por outro legitimado, para que este renove a defesa.[563]

Dessa feita, para a referida autora, no caso de a ação coletiva passiva envolvendo direitos e interesses difusos e coletivos *stricto sensu* ser julgada improcedente, forma-se a coisa julgada como normalmente ocorre com as ações coletivas ativas, cuidando-se de simples inversão do raciocínio, pois na medida em que o pedido do autor coletivo é julgado procedente e transita em julgado, a improcedência da ação coletiva passiva também deve transitar em julgado beneficiando toda a coletividade.

---

[563] GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas, cit., p. 8.

Concordamos integralmente com essa primeira formação da coisa julgada em ação coletiva passiva.

Mas, nos casos de procedência do pedido individual formulado em face da coletividade, a solução encontrada pela autora merece ponderações, isso porque em uma ação coletiva ativa, como visto anteriormente,[564] constatada a insuficiência de provas, abre-se a possibilidade de que seja intentada uma outra ação com base nos mesmos fundamentos, desde que com nova prova.

Já nos casos de ação individual formulada contra a coletividade a mesma solução não se impõe, e nas palavras de Jordão Violin:

> Se a improcedência pode ser ligada à carga probatória produzida o mesmo não acontece com a procedência. Esta deverá ser sempre fundada em provas robustas. Não há que se falar em "procedência por falta de provas", razão pela qual a formação da coisa julgada dependerá não da atividade probatória do autor, mas da adequada representação da classe pelo legitimado.[565]

Portanto, interpretando-se o posicionamento de Ada Pellegrini Grinover ao falar em "defesa coletiva", devemos entender que se trata, na verdade, da verificação da representação adequada do ente legitimado que propôs a ação coletiva passiva, visto que essa é uma decorrência do princípio constitucional do devido processo legal.

Por conseguinte, a sentença de procedência em desfavor da coletividade só formará coisa julgada se ficar comprovado que, de fato, o representante naquele caso concreto agiu adequadamente, visto que somente assim haverá respeito ao

---

564 Item 3.2.2 deste Capítulo.

565 VIOLIN, Jordão. *Ação coletiva passiva*, cit., p. 142.

princípio constitucional do devido processo legal, possibilitando, portanto, que mesmo aqueles que não tiveram participação direta no processo sejam alcançados pela coisa julgada.

Demais disso, não se devem misturar os conceitos de representação adequada com suficiência da defesa coletiva, uma vez que esta "deveria" estar sempre presente para que pudesse culminar em um julgamento procedente.

Afirmamos que a suficiência da defesa coletiva "deveria" e não "deve" se fazer presente em todas as ações coletivas a fim de alcançar um julgamento procedente, por que há casos em que o réu simplesmente pode simplesmente não contestar o pedido.

E, tratando-se de ação coletiva passiva, isto é, se a coletividade não contestar o pedido, é possível falar na ocorrência dos efeitos da revelia?

A revelia propriamente dita, nos termos do artigo 319 do Código de Processo Civil,[566] indubitavelmente ocorrerá, no entanto a incidência de seus efeitos, que com ela não se confunde,[567] é que precisarão ser mitigados em razão da natureza do objeto em litígio, ou seja, direitos metaindividuais.

No que tange aos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, em razão de sua natureza indisponível, a resposta é simples, pois, seguindo a previsão expressa do artigo 320, II, do Código de Processo Civil,[568] os efeitos da revelia ficarão afastados.

---

[566] Artigo 319. "Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor."

[567] ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Manual de direito processual civil*, cit., p. 397.

[568] Artigo 320. "A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente: [...] II – se o litígio versar sobre direitos indisponíveis."

Questão mais delicada se impõe quando se tratar de direitos individuais homogêneos, posto que na essência constituem direitos individuais, mas que receberam tratamento coletivo.

A solução para esses casos remete novamente à análise da representação adequada. Isto é, se o ente legitimado responsável por representar a coletividade simplesmente não contestar o pedido, quer significar que, na verdade, trata-se de um representante inadequado. Como a solução para esses casos já foi apresentada no item 3.1.5, faremos uma abordagem mais resumida.

Pois bem, nesses casos o representante inadequado deverá ser substituído por um dos outros co-legitimados, em analogia ao que ocorre quando o autor da ação coletiva dela desistir ou abandoná-la.

Não ocorrendo essa substituição, o processo deverá ser extinto sem julgamento do mérito nos termos do artigo 267, IV, do Código de Processo Civil. Essa possibilidade decorre do fato de que o Código de Processo Civil possui aplicação subsidiária no microssistema das ações coletivas e do fato de que a representação adequada figura como pressuposto de efetividade da tutela coletiva, permitindo o respeito às garantias constitucionais do processo.

Assim, nesses casos, o magistrado deverá abrir prazo e oportunidade para que o representante inadequado seja substituído por outro adequado.

Todavia, se a constatação de que o representante *in casu* não está apto para representar os interesses da coletividade ré ocorrer após a prolação da sentença,

a sentença não faz coisa julgada material, podendo ser reproposta a mesma ação por qualquer outro co-legitimado, desde que com base em novas provas.

b) Nos direitos e interesses individuais homogêneos

Quanto à formação da coisa julgada coletiva passiva nos casos de direitos e interesses individuais homogêneos, Ada Pellegrini Grinover assim disserta:

> […] na ação individual movida contra a classe ré, em que o litígio envolva direitos individuais homogêneos, bastaria ao juiz inverter o disposto no art. 103, III e § 2.º, de modo que a sentença favorável (e não a desfavorável) não impedisse o ajuizamento de ações individuais, por qualquer membro da classe, para contrastar a pretensão do autor vencedor. Desse modo, a coisa julgada continuaria operando só *in utilibus*, para beneficiar e não para prejudicar os membros da classe.[569]

Mais uma vez a mera inversão da regra contida no artigo 103, III, do Código de Defesa do Consumidor, como propõe a autora, não é capaz de solucionar efetivamente a questão, pois implicaria concluir que apenas as sentenças de improcedência em desfavor da coletividade formariam coisa julgada, visto que as sentenças de procedência não formariam coisa julgada, o que tornaria a questão sem incidência prática, posto que ninguém ingressaria com uma ação que só transitaria em julgado em situações opostas aos seus interesses.

Desse modo, fazemos uso outra vez do instituto da representação adequada, no sentido de que só será possível a formação da coisa julgada, se ficar comprovado pelo magistrado que o representante que se apresenta para aquele

---

[569] GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas, cit., p. 8.

caso está habilitado para representar adequadamente a coletividade, pois isso significa que houve cumprimento ao princípio constitucional do devido processo legal e que, portanto, todos serão atingidos pela coisa julgada, ainda que não tenham participado efetivamente do processo.

3.2.3.2 Ação coletiva em face da coletividade

Nesse tópico abordaremos a possibilidade de formação da coisa julgada coletiva passiva nas ações duplamente coletivas, ou seja, naquelas ações em que autor e réu constituem entes coletivos.

Mais uma vez nos socorreremos das valiosas lições oferecidas por Ada Pellegrini Grinover. Confira:

> E quando na ação figurassem classes litigando em posições contrapostas, tanto no pólo ativo como no passivo? Aqui parece que o tratamento dispensado às classes deveria ser totalmente igualitário, não havendo justificativas para privilegiar a posição de uma em relação à outra. E talvez a solução pudesse ser a da coisa julgada *erga omnes*, seja em caso de acolhimento como de rejeição do pedido, sem qualquer temperamento, firme restando o controle do juiz sobre a representatividade adequada para garantia da correção do procedimento processual das partes.[570]

Assim, muito embora o Código de Defesa do Consumidor não tenha aventado essa possibilidade, mostrou-se correto e adequado o raciocínio adotado pela autora, pois, como se trata da mesma categoria de interesses, não existe

---

[570] GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas, cit., p. 9.

razão para que ofereçamos tratamento díspar, então a coisa julgada coletiva se formará para os pólos ativo e passivo da demanda.[571]

De todo o exposto, tem-se que, apesar de a formação da coisa julgada coletiva passiva ser um assunto árido, não fica sem solução, desde que tenhamos em mente uma interpretação sistematizada e flexível do microssistema das ações coletivas passivas.

Demais disso, o ponto central de todo este trabalho foi equacionar a necessidade constitucional de jurisdicionalização de todas as formas de conflito (isto é, deve-se garantir que os novos conflitos em que a coletividade está inserida no pólo passivo das demandas sejam apreciados pelo Judiciário), juntamente com o também comando constitucional de que a todos deve ser garantido o direito de participar no processo.

Como vimos, a resposta para esse aparente confronto é a de que, a despeito da necessidade imperiosa de jurisdicionalizar os novos conflitos, a coletividade ré terá seu direito de participação no processo resguardado com a adoção da fórmula da representação adequada, pois, se ficar constatado pelo magistrado que determinado ente incumbido de representar a coletividade o fez adequadamente, quer significar que o seu direito foi resguardado.

Portanto, a solução apresentada para as ações coletivas passivas, muito embora destoe do previsto no artigo 103, § 1.º, do Código de Defesa do Consumidor, ao afirmar expressamente que os efeitos da coisa julgada não prejudicarão interesses

---

[571] A mesma solução foi adotada por: MAIA, Diogo Campos Medina. *Fundamentos da ação coletiva passiva*, cit., p. 187; VIOLIN, Jordão. *Ação coletiva passiva*, cit., p. 145-146.

e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe, decorre de preceito constitucional e por isso mesmo deve ser observada, sob pena de inviabilizar todas as formas de acesso à justiça, caso conflitos envolvendo a coletividade no pólo passivo das demandas não sejam jurisdicionalizáveis.

3.3 A ação coletiva passiva nos anteprojetos

Como foi mencionado linhas acima, a coisa julgada coletiva passiva constitui um dos temas mais delicados quando se defende o cabimento da ação coletiva passiva *de lege lata*. No entanto, também restou claro que esse problema não está sem solução.

Demais disso, é importante destacar que os anteprojetos de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, bem como os anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos, coordenados respectivamente por Ada Pellegrini Grinover e pelos programas de pós-graduação UERJ/Unesa, possuem disposições legais expressas sobre a coisa julgada nas ações coletivas passivas. É o que analisaremos a seguir.

3.3.1 Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América

O anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América apresenta as seguintes disposições sobre a ação coletiva passiva:

> Artigo 32. Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 2.º do artigo 2.º deste código, e desde que o bem

> jurídico a ser tutelado seja transindividual (artigo 1.º) e se revista de interesse social.
>
> Artigo 33. Quando se tratar de interesses ou direitos difusos, a coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe.
>
> Artigo 34. Quando se tratar de interesses ou direitos individuais homogêneos, a coisa julgada atuará *erga omnes* no plano coletivo, mas a sentença de procedência não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias ou defender-se no processo de execução para afastar a eficácia da decisão na sua esfera jurídica individual.
>
> Artigo 35. Aplicam-se complementariamente às ações coletivas passivas o disposto neste Código quanto às ações coletivas ativas, no que não for incompatível.

Uma primeira observação que deve ser feita desta proposta é que ela prevê dois requisitos alternativos para a propositura das ações coletivas passivas: a necessidade de a coletividade estar organizada ou ter um representante adequado.

No que concerne à necessidade de a coletividade estar organizada, isso formalizaria a possibilidade de entes sem personalidade jurídica, como é o caso dos movimentos sociais, figurarem como réus em ações coletivas passivas, o que seria realmente interessante e eficaz, pois jurisdicionalizaria muitas questões que pululam na ordem do dia.

Quanto ao segundo requisito, que se refere à necessidade de a coletividade ter um representante adequado, também se vê que sua adoção seria positiva, pois configura apenas um desdobramento do controle judicial da representação adequada, que é expressamente previsto no artigo 2.º, I, deste anteprojeto, de modo que colocaria fim à discussão de sua existência ou não em nosso ordenamento jurídico.

No que se refere à solução apontada para a coisa julgada, tratando-se de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, será *erga omnes*, solução com a qual concordamos.

No entanto, no caso dos direitos individuais homogêneos, a proposta apresentada retira a utilidade da ação coletiva passiva, pois a coisa julgada só se formaria quando fosse oposta aos interesses do autor, portanto dificilmente alguém ingressaria com esse tipo de ação.

Outro ponto lacunoso deste anteprojeto é que não há nenhuma referência aos casos de ação duplamente coletiva, que inegavelmente acontecem na prática.

3.3.2 Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos coordenado por Ada Pellegrini Grinover

Este anteprojeto destina três artigos para cuidar das ações coletivas passivas. Observe:

> Artigo 38. Ações contra o grupo, categoria ou classe – Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada, mesmo sem personalidade jurídica, desde que apresente representatividade adequada (artigo 20, I, “a”, “b” e “c”), se trate de tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos (artigo 4.º, incisos I e II) e a tutela se revista de interesse social.
>
> Parágrafo único. O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados à ação coletiva ativa (art. 20, incisos III, IV, V e VI e VII deste Código) não poderão ser considerados representantes adequados da coletividade, ressalvadas as entidades sindicais.
>
> Artigo 39. Coisa julgada passiva – A coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe e aplicando-

> se ao caso as disposições do artigo 12 deste Código, no que dizem respeito aos interesses ou direitos transindividuais.
>
> Artigo 40. Aplicação complementar às ações coletivas passivas – Aplica-se complementarmente às ações coletivas passivas o disposto no Capítulo I deste Código, no que não for incompatível.
>
> Parágrafo único. As disposições relativas a custas e honorários, previstas no artigo 16 e seus parágrafos, serão invertidas, para beneficiar o grupo, categoria ou classe que figurar no pólo passivo da demanda.

A proposta coordenada por Ada Pellegrini Grinover aprimora o anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América no que concerne aos requisitos necessários para o ajuizamento de ação coletiva passiva, pois, além de fazer referência à possibilidade de serem ajuizadas ações contra a coletividade organizada, acrescenta expressamente que dela poderão fazer parte entes sem personalidade jurídica, o que permitiria sem sombra de dúvidas a inclusão de movimentos sociais sem personalidade jurídica, desde que submetidos também à análise da representação adequada.

No entanto, também há remissão expressa quanto à impossibilidade de o Ministério Público e os órgãos públicos figurarem como réus em ação coletiva passiva, que não resolve por completo a questão, pois não seria possível resolver as ações em que esses entes são colocados no pólo passivo por meio de uma ação coletiva incidente ou derivada.

E, quanto à coisa julgada, limita-se a afirmar que se dará *erga omnes* para todos os membros do grupo, categoria ou classe, o que de fato já constitui um avanço, visto não haver diferenciação quanto à sentença de procedência ou improcedência. Além disso, menciona que deve haver observância ao que dispõe o artigo 12 mesmo diploma legal. Confira-se seu inteiro teor:

> Artigo 12. Motivação das decisões judiciárias. Todas as decisões deverão ser especificamente fundamentadas, especialmente quanto aos conceitos jurídicos indeterminados.
>
> Parágrafo único. Na sentença de improcedência, o juiz deverá explicitar, no dispositivo, se rejeita a demanda por insuficiência de provas.

Portanto, o que se depreende é que para a formação da coisa julgada coletiva passiva a decisão judicial deve estar devidamente fundamentada, o que realmente é desejável que aconteça em qualquer decisão, além de pôr fim à discussão nas sentenças com insuficiência de provas, devidamente abordada no item 3.2.2 do presente capítulo.

Também inexiste qualquer disposição versando a respeito da coisa julgada nas ações duplamente coletivas, revelando uma falha grave e uma importante oportunidade desperdiçada para tratar do assunto.

3.3.3 Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborado pelos programas de pós-graduação da UERJ/Unesa

O anteprojeto elaborado pelas universidades do Rio de Janeiro também dedica alguns assuntos para tratar da ação coletiva passiva. Acompanhe:

> Artigo 42. Ação contra o grupo, categoria ou classe – Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 1.º do artigo 8.º, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (art. 2.º) e se revista de interesse social.
>
> Artigo 43. Coisa julgada passiva – A coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe.
>
> Artigo 44. Aplicação complementar à ação coletiva passiva Aplica-se complementarmente à ação coletiva passiva o disposto neste código quanto à ação coletiva ativa, no que não for incompatível.

Quanto aos requisitos necessários para o ajuizamento das ações coletivas passivas, vê-se que são os mesmos vislumbrados no anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, quais sejam: a necessidade de a coletividade estar organizada ou ter um representante adequado, razão pela qual remetemos o leitor aos comentários formulados anteriormente no item 3.3.1.

E no tocante à formação da coisa julgada coletiva passiva não existe nenhum temperamento quanto à sentença ser de procedência ou improcedência, o que possibilita maior efetividade a essas ações.

Contudo, da mesma forma como os outros anteprojetos já analisados, não existe nenhuma ponderação quanto à coisa julgada nas ações coletivas passivas.

De tudo o que foi mencionado, podemos constatar que, muito embora já existam propostas legislativas que objetivam disciplinar o regramento das ações coletivas passivas, elas se mostram insuficientes para abarcar todas as situações que envolvem o assunto.

Assim, apesar de reconhecermos a importância e necessidade de lei que discipline expressamente as ações coletivas passivas no ordenamento jurídico brasileiro a fim de delimitar com mais precisão os seus contornos, por óbvio que esses anteprojetos por ora apresentados não darão conta de resolver todas as questões.

Isso só nos leva a crer que muitos outros debates acadêmicos ainda precisam ser travados, e este também é um convite dirigido ao nosso leitor, posto que muitas questões processuais não foram abordadas neste trabalho por opção metodológica,

além do que novas questões processuais ainda impensadas surgirão certamente com a prática, o que é natural em qualquer processo evolutivo, principalmente no incipiente direito processual coletivo, que contraria muitos institutos clássicos do processo civil tradicional, residindo exatamente aí nosso especial interesse para com o tema.

CONCLUSÃO

Diante de tudo o quanto foi analisado neste trabalho, passaremos às conclusões que serão apresentadas de modo resumido e por tópicos.

1. As ações coletivas não são um fenômeno contemporâneo, elas remontam à Idade Antiga, mais especificamente à Roma antiga, por meio das *actiones populares*, que foram o primeiro registro de que se tem da tutela dos direitos metaindividuais. Ocorre que, em razão de não ter ocorrido um desenvolvimento linear dessas ações, alguns doutrinadores preferem afirmar que essa seria apenas a origem remota das ações coletivas e que a origem próxima estaria localizada na Inglaterra do século XVII com a utilização do *bill of peace*. Ressalte-se que esse período da história não contém nenhum registro da existência das ações coletivas passivas.

2. Na Idade Média, período da história caracterizado pelas invasões bárbaras, pelo fim do Império Romano do Ocidente, pelo feudalismo e cristianismo, é que se tem notícia das primeiras ações coletivas passivas.

3. A Idade Moderna é marcada pelo surgimento da monarquia absolutista, do capitalismo, pelas idéias advindas com o movimento filosófico denominado renascimento, por exemplo, enriquecimento e ascensão da burguesia, valorização do homem, Reforma e a Contra-reforma, bem como pela Revolução Industrial. Em razão do individualismo exacerbado vigente à época, houve um declínio das corporações de ofício surgidas na Idade Média, culminando na considerável diminuição da propositura de ações coletivas e propiciando o início do desenvolvimento da noção de classe, fator determinante para o estudo das ações coletivas passivas.

4. A Idade Contemporânea compreende o período que vai desde a Revolução Francesa em 1789 até os dias atuais e está dividida em três períodos distintos: séculos XIX, XX e XXI.

5. No século XIX caíram os antigos regimes europeus e ocorreu a agitação político-social mais importante: a Revolução Francesa, que com seus ideais iluministas consolidou de vez o Estado Liberal. Nesse período afloraram os denominados “corpos intermediários”, e com ele surgiu a primeira classe da história: a classe operária, que foi determinante para a evolução da tutela dos direitos metaindividuais, e principalmente da ação coletiva passiva, pois a partir desse momento havia uma justificativa bastante eloqüente para a elaboração de um sistema processual apropriado para dirimir esses novos conflitos.

6. Nesse cenário notadamente individualista existiam apenas dois tipos de solução para os litígios: um privatista e outro publicista, prevalecendo a *summa divisio* entre público e privado e vigorando a denominada “fase sincrética do processo”, em que não havia separação entre direito material e direito processual, mas que aos poucos foi evoluindo até alcançar a “fase autonomista do processo”, em que o direito processual foi alçado à categoria de ciência autônoma. Todavia, o arcabouço jurídico-processual não dava conta dos novos conflitos advindos com o surgimento da sociedade de massas.

7. O século XX foi marcado pelas grandes Guerras Mundiais, pelas mazelas do capitalismo liberal e pela intensificação das relações sociais, favorecendo o surgimento de outras questões, não apenas as trabalhistas, como saúde, educação, segurança material, entre outros, estabelecendo uma nova ordem de conflitos até então inexistentes na ordem jurídica e que demandavam novas formas de solução.

8. O Estado Liberal foi cedendo espaço para o surgimento do Estado Social, iniciando-se as preocupações com o garantismo social ou coletivo, despertando a atenção para os “direitos difusos” e surgindo a “fase instrumentalista do processo”, cujo maior objetivo era alcançar um provimento jurisdicional adequado e que vige até hoje.

9. Na década de 70 firmaram-se as preocupações com a tutela dos direitos metaindividuais iniciando-se o “movimento de acesso à justiça”.

10. Os horrores vividos pela Segunda Guerra Mundial, a falta de proteção da coletividade e a insuficiência da ciência processual para dirimir os conflitos advindos com a sociedade de massas estruturaram as bases da tutela coletiva e explicam por que não se desenvolveram as ações coletivas passivas, pois o momento era de fortalecer a coletividade fragilizada pós-guerra.

11. O vigente século XXI intensamente marcado pela globalização de conflitos, da economia e da informação, bem como pela sociedade extremamente massificada e coletividade cada vez mais organizada e fortalecida, potencializa a ocorrência de conflitos não apenas entre massas, mas também de massas, revelando mais uma vez que a ciência processual carece de modificações, daí a razão para discutir as ações coletivas passivas.

12. Os Estados Unidos da América, por meio da *class action*, influenciaram fortemente a tutela coletiva em vários ordenamentos jurídicos, inclusive o Brasil, principalmente para a implementação das ações coletivas para a tutela de direitos individuais homogêneos e por servir de norte para o estudo das ações coletivas passivas.

13. A tutela coletiva brasileira tem como marco inicial a Consolidação das Leis Trabalhistas. Depois surgiram várias outras leis esparsas que apenas

tangenciavam o assunto, mas avanço considerável só ocorreu com a promulgação da Lei da Ação Civil Pública.

14. Outro importante passo para a efetivação da tutela coletiva no Brasil foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, que elevou à categoria constitucional a defesa dos direitos metaindividuais e, posteriormente outras leis continuaram tratando do tema. Contudo, a grande consagração da proteção aos direitos metaindividuais só ocorreu com o advento do Código de Defesa do Consumidor.

15. O Código de Defesa do Consumidor conceituou o que seriam os direitos e interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e os individuais homogêneos, a fim de que não pairassem mais dúvidas.

16. O microssistema das ações coletivas é formado basicamente pela Lei da Ação Civil Pública, pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Constituição Federal, restando ao Código de Processo Civil tão-somente uma aplicação subsidiária. Também integram esse microssistema outras leis, tais como: a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei do Mandado de Segurança, a Lei do *Habeas Data*, a Lei do Mandado de Injunção, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto da Cidade, o Estatuto do Idoso.

17. O Poder Executivo tentou repetidas vezes, por meio de várias medidas provisórias, diminuir a abrangência, efetividade e importância das ações coletivas. Todavia, como o microssistema das ações coletivas deve ser interpretado sistematicamente e adotara o princípio da perfeita interação entre os diplomas legais que dele fazem parte, é possível contornar esses ataques.

18. O microssistema das ações coletivas possui reconhecimento internacional servindo de inspiração para muitos países, o que nos coloca em uma posição

de vanguarda sobre o assunto. Todavia, ainda assim muitas falhas e omissões precisam ser sanadas.

19. O debate em torno das ações coletivas passivas não se restringe ao ordenamento jurídico brasileiro, pois diversos ordenamentos jurídicos alienígenas também têm se debruçado sobre o assunto, ainda que muitas vezes isso dê de forma tímida.

20. Os Estados Unidos da América, Israel, Noruega e Canadá são países que possuem legislação expressa sobre as ações coletivas passivas.

21. Na Colômbia, apesar de inexistir disposição legal sobre as ações coletivas passivas, a doutrina mais abalizada diz que elas serão cabíveis, desde que cumpridos os requisitos estipulados na Lei 472 de 1998.

22. No Paraguai, a doutrina tem assentido existir uma tendência em admitir a legitimação passiva de maneira ampla como o faz o Código Modelo de Processos Coletivos.

23. Na Venezuela, a ação coletiva passiva não só é admitida, como se chega a um fazer prognóstico de que, no futuro, será possível figurar no pólo passivo de uma ação um país, em caso de descumprimento das disposições de um Tratado Internacional.

24. Na Argentina, embora inexista legislação a respeito das ações coletivas passivas, a doutrina vem reconhecendo o seu cabimento.

25. Em Portugal, muito embora ainda não exista previsão legal expressa sobre a ação coletiva passiva, existe doutrina afirmando que não existe nenhum óbice para que a lei as discipline.

26. A ação coletiva passiva se perfaz quando um grupo de pessoas estiver situado como réu em uma dada relação jurídica afirmada na petição inicial, ou seja, a demanda formulada é proposta em face de uma coletividade adequadamente representada, constitui uma espécie do gênero ação coletiva, e é mais um importante mecanismo de acesso à justiça, apto a tutelar não apenas os direitos metaindividuais, mas também os direitos puramente individuais lesionados ou ameaçados de lesão por uma coletividade.

27. Quanto ao número de demandantes no pólo ativo, as ações coletivas passivas podem comportar duas espécies: a ação coletiva passiva comum ou ordinária, que é aquela em que no pólo ativo da relação jurídica processual figuram um ou mais demandantes individuais que defenderão direito próprio contra determinada coletividade; e a ação duplamente coletiva, que ocorrerá quando figurarem duas coletividades tanto no pólo ativo como no pólo passivo da relação jurídica processual.

28. Quanto à origem, a ação coletiva passiva pode ser classificada em: ação coletiva passiva independente ou originária, que é aquela que instaura um processo coletivo sem nenhum vínculo com uma ação coletiva anterior; e ação coletiva passiva incidente ou derivada, que é decorrente de outra ação coletiva ativa ou duplamente coletiva proposta pelo réu desse processo originário.

29. De diversas ordens são os fundamentos utilizados para defender a existência *de lege lata* da ação coletiva passiva no ordenamento jurídico brasileiro: a realidade social hodierna, a prática judiciária, a interpretação sistemática de alguns dispositivos do microssistema das ações coletivas e a necessidade de dar cumprimento aos princípios constitucionais.

30. A intensificação das relações sociais fez emergir uma nova ordem de conflitos em que, por vezes, é a própria coletividade quem deve figurar no pólo passivo

das demandas. Daí por que defendermos o uso das ações coletivas passivas a fim de dirimirem esses conflitos.

31. Em que pese a inexistência de legislação expressa acerca das ações coletivas passivas, a prática Judiciária revela que esse é um assunto que já chegou aos Tribunais de nosso país, notadamente na Justiça do Trabalho, e o uso das ações coletivas passivas, ainda que sem essa denominação específica, é o meio hábil para solucionar os conflitos em que a coletividade figura como ré.

32. Acaso não se admita o uso das ações coletivas passivas, não será possível explicar o ajuizamento de reconvenção, de ação declaratória incidental, de ação rescisória intentada com a finalidade de rescindir sentença de procedência prolatada em ação coletiva, de cautelar incidental ou os embargos do executado e de terceiro em execução coletiva.

33. Algumas disposições legais previstas no próprio microssistema das ações coletivas, desde que devidamente interpretadas, podem servir como mais um dos sustentáculos que darão validade e robustecerão a tese da existência da ação coletiva passiva em nosso ordenamento jurídico sem a necessidade de alteração legislativa, são elas: artigos 81, 83 e 107, todos do Código de Defesa do Consumidor.

34. Considerando-se que não existe nenhum dispositivo legal vedando expressamente o cabimento das ações coletivas passivas no ordenamento jurídico brasileiro e partindo-se de uma interpretação sistemática, é possível concluir que a palavra “defesa” contida no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor pode fazer referência tanto à defesa no pólo ativo da demanda coletiva como no pólo passivo, o que possibilita a inserção da coletividade como ré em dada ação coletiva.

35. O representante pode figurar como parte em convenção coletiva de consumo, como prevê o artigo 107 do Código de Defesa do Consumidor, cuja lide por ela suscitada terá duas categorias, cada uma em um dos pólos da demanda.

36. O artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor é claro e objetivo ao afirmar que são cabíveis “todas” as espécies de ações para a defesa dos interesses e direitos coletivos *lato sensu* e isso nos permite concluir que também é possível a ocorrência uma ação coletiva passiva quando a situação fática assim autorizar, visto que não existe legislação expressa que a proíba.

37. De várias ordens são constituídos os fundamentos da ação coletiva passiva, no entanto o maior e mais robusto argumento para defender a sua existência *de lege lata* provém diretamente do texto constitucional ao proclamar o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, pois, do contrário, haveria violação direta a um princípio constitucional, isto é, estar-se-ia negando o acesso à justiça.

38. A ausência de disposição legal expressa sobre ação coletiva passiva não constitui óbice intransponível para a sua existência, dado que os direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata e a ação coletiva passiva está inserida nesse seleto rol por ser o mecanismo que garante a jurisdicionalização dos conflitos em todas as suas vertentes, isto é, a coletividade situada no pólo passivo da relação jurídica processual.

39. Um outro princípio constitucional de extrema relevância para o uso das ações coletivas é o devido processo legal, pois ele assegura que só serão atingidos por uma decisão judicial aqueles que efetivamente participaram do processo.

40. A despeito da inequívoca observância ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, não é possível que a ação coletiva passiva seja utilizada

de forma irrestrita e sem limitações sob pena de limitar o núcleo essencial do devido processo legal, e, como não existe hierarquia entre princípios, estamos diante da necessidade de ponderar os princípios colidentes.

41. A ponderação é um método que serve de balizamento quando dois ou mais valores, bens, interesses ou normas (princípios ou regras) entrechocam-se, constituindo um verdadeiro postulado.

42. Os postulados dividem-se em inespecíficos (ponderação, concordância prática e proibição de excesso) e específicos (igualdade, razoabilidade e proporcionalidade).

43. Tratando-se das ações coletivas passivas, o postulado da proporcionalidade servirá para harmonizar os princípios constitucionais da inafastabilidade do controle jurisdicional e do devido processo legal.

44. Um outro problema prático que se apresenta é como garantir que, de fato, o devido processo legal nas ações coletivas passivas será observado, uma vez que em muitos casos será inviável que toda a coletividade ré seja individualmente ouvida no processo.

45. Essa questão só será resolvida se admitirmos que no Brasil existe o controle judicial da representação adequada, no sentido de que o magistrado, diante do caso concreto, verificará se o ente que se propõe a representar aquela coletividade ré está realmente apto para exercer esse ofício adequadamente.

46. Os argumentos utilizados para negar a possibilidade do controle judicial da representação adequada são: o sistema de legitimidade adotado no Brasil é *ope legis*, portanto o rol de legitimados já foi previamente estabelecido, não havendo razão para que o magistrado exerça esse controle; não é necessário

que o juiz exerça o controle da representação adequada tendo em vista que o Ministério Público sempre atuará como fiscal da lei; esse controle pode ensejar um alto risco de arbitrariedade e/ou parcialidade judicial.

47. Muito embora possamos nos enquadrar, *a priori*, no sistema de legitimidade denominado *ope legis*, isso não implica concluir que ele está imune a falhas. Demais disso, a própria interpretação do artigo 82, § 1.º, do Código de Defesa do Consumidor (da mesma forma como o artigo 5.º, § 4.º, da Lei da Ação Civil Pública), ao permitir que o juiz dispense a associação do requisito da pré-constituição há pelo menos um ano, bem como a análise da legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos, demonstram que, na prática, esse controle já é exercido.

48. A presença do Ministério Público como *custus legis* não é suficiente para garantir que os representantes sejam realmente adequados, bem como é preciso que sua atuação seja fiscalizada quando ele for o autor da demanda coletiva.

49. Na atual sociedade de massas não existe mais lugar para um juiz omissivo e submisso às leis sem atentar-se para as mais variadas facetas que o caso concreto suscita, sendo imperioso que ele adote uma postura mais ativa, principalmente quando se tratar de direitos metaindividuais, a fim de realmente alcançar um provimento jurisdicional justo e efetivo.

50. O controle judicial da representação adequada ainda pode ser negativo (apenas para negar legitimidade ao ente coletivo que não se mostrar o mais apto para instaurar e/ou conduzir dada ação coletiva) ou positivo (como meio capaz de viabilizar a ação coletiva passiva).

51. O controle judicial da representação adequada deve ser admitido em nosso ordenamento jurídico *de lege lata* por ser uma decorrência direta do princípio

constitucional do devido processo legal. Isto é, no caso concreto, o magistrado aferirá se aquele ente que se propõe a representar a coletividade inserida no pólo passivo realmente encontra-se habilitado para tal feito; sendo a resposta positiva, significa que houve observância ao princípio do devido processo legal e, portanto, todos os envolvidos no processo, ainda que não tenham sido pessoalmente ouvidos ou citados, ficarão vinculados à decisão judicial. Se a resposta for negativa, deve-se substituir esse legitimado por um dos outros co-legitimados, analogicamente ao que acontece se o autor da ação coletiva desistir ou abandoná-la, como dispõe o artigo 5.º, § 3.º, da Lei da Ação Civil Pública.

52. A relação entre o princípio do devido processo legal, a representação adequada e a ação coletiva passiva é de interdependência, visto que a garantia de cumprimento ao devido processo legal decorre necessariamente da admissão do controle judicial da representação adequada nas ações coletivas, ao mesmo tempo em que esse último constitui uma decorrência do primeiro, e os dois institutos juntos são os responsáveis pela viabilização da ação coletiva passiva no ordenamento jurídico brasileiro.

53. Desde que haja legitimação ativa e considerando que inexiste proibição legal, os legitimados ativos poderão figurar no pólo passivo das referidas ações. Esse é o raciocínio aplicado quando se tratar de ações coletivas passivas incidentes ou derivadas, isto é, reconvenção, ação declaratória incidental, ação rescisória proposta pelo réu de ação coletiva passiva originária, cautelar incidental, embargos do executado e embargos de terceiro.

54. A impossibilidade, *a priori*, de o Ministério Público figurar como réu em ação coletiva passiva deve ser mitigada, pois nos casos de ação rescisória proveniente de ação coletiva, cautelar incidental, embargos do executado ou embargos de

terceiro ele assumirá o pólo passivo da relação jurídica processual, ressalvados os casos de reconvenção e ação declaratória incidental, pois nesses casos o réu deve possuir legitimidade passiva da mesma forma como se fosse réu em uma ação coletiva passiva originária.

55. Só poderão figurar no pólo passivo das demandas coletivas aqueles entes que possuem legitimidade prevista no microssistema das ações coletivas, excluindo-se, portanto, movimentos sociais sem personalidade jurídica.

56. Nos direitos e interesses difusos a coisa julgada é *erga omnes*, atingindo toda a coletividade, salvo nos casos de improcedência por falta de provas, situação em que qualquer co-legitimado poderá intentar nova ação, com o mesmo fundamento, desde que se valendo de nova prova. É o que a doutrina costuma denominar de coisa julgada *secundum eventum probationis*.

57. Nos direitos ou interesses coletivos *stricto sensu* a coisa julgada é *ultra partes*, alcançando o grupo, categoria ou classe, com a mesma ressalva feita para os direitos e interesses difusos, no sentido de que isso não ocorrerá nos casos de improcedência por falta de provas, possibilitando que qualquer co-legitimado instaure outra ação, com os mesmos fundamentos, desde que munido de nova prova.

58. Nos direitos ou interesses individuais homogêneos a coisa julgada operar-se-á *erga omnes* apenas nos casos de procedência do pedido para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores; já nos casos de improcedência do pedido, fica facultado aos indivíduos promover ações individuais a fim de discutirem o mesmo assunto, mas desde que não tenham ingressado na lide coletiva como litisconsorte ou assistente litisconsorcial do legitimado. Uma outra exceção que se vislumbra no caso de procedência do pedido é que, se o indivíduo estiver ingressado com ação individual e quiser se valer da sentença de procedência

constante de ação coletiva, é imperioso que tenha requerido a suspensão da sua ação individual no prazo de trinta dias a contar da data em que teve ciência.

59. No caso de a ação coletiva passiva envolvendo direitos e interesses difusos e coletivos *stricto sensu* ser julgada improcedente, forma-se a coisa julgada como normalmente acontece com as ações coletivas ativas, pois, na medida em que o pedido do autor coletivo é julgado procedente e transita em julgado, a improcedência da ação coletiva passiva também deve transitar em julgado beneficiando toda a coletividade; já a sentença de procedência em desfavor da coletividade só formará coisa julgada se ficar comprovado que, de fato, o representante era adequado. E quanto à formação da coisa julgada coletiva passiva nos casos de direitos e interesses individuais homogêneos, mais uma vez, só será possível a formação da coisa julgada, se ficar comprovado pelo magistrado que o representante que se apresenta para aquele caso está habilitado para representar adequadamente a coletividade.

60. Quando se tratar de ações duplamente coletivas, como se está diante de direitos da mesma natureza, não se justifica nenhuma mitigação à sistemática adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, na medida em que a coisa julgada se operará normalmente.

61. Foram analisadas as propostas de ação coletiva passiva existentes no Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-américa, bem como nos anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos coordenados respectivamente por Ada Pellegrini Grinover e pelos programas de pós-graduação UERJ/UNESA.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 2. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

———. Ação civil pública. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 263-337.

———. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. ref., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008.

———. *Processo civil ambiental*. São Paulo: RT, 2008.

———; KLIPEL, Rodrigo. A homologação judicial do TAC e a formação da coisa julgada coletiva em matéria ambiental. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *O novo processo civil coletivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 215-233.

ALEXANDRIDIS, Georgios José Ilias Barnabé. *O pedido no processo coletivo*. 2008. Dissertação (Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direitos Difusos e Coletivos) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2.ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

———. *Direito coletivo brasileiro.* Autonomia metodológica e a superação da *summa divisio* direito público e direito privado pela *summa divisio* constitucionalizada e relativizada direito coletivo e direito individual. 2006. Tese (Doutorado do Programa

de Pós-Graduação em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

———. *Direito processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003.

———. *Direito material coletivo:* superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

———. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALMEIDA JÚNIOR, Clóvis de. *A formação do microssistema processual coletivo, a força normativa da Constituição Federal e a efetividade da tutela coletiva*. 2008. Dissertação (Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direitos Difusos e Coletivos) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

ALVIM, Artur da Fonseca. Coisa julgada nos Estados Unidos. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 31, n. 132, p. 75-81, fev. 2006.

ALVIM, Eduardo Arruda. Apontamentos sobre o processo das ações coletivas. In: MAZZEI, Rodrigo Dias; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 27-64.

ARAÚJO, Rodrigo Souza Mendes de. A ação para a tutela dos interesses individuais homogêneos: a *class action for damages* brasileira? In: MAZZEI, Rodrigo Dias; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 695-719.

———. *A representação adequada nas ações coletivas*. 2007. Dissertação (Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direitos Difusos e Coletivos) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de et al. *Código do Consumidor comentado*. São Paulo: RT, 1995.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Bases de dados. Disponível em: http://www.mpcon.org.br. Acesso em: 29 mar. 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios* – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 16, n. 61, p. 187-200, jan.-mar. 1991.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais* – considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 101-135.

———. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action* norte-americana. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 30, n. 131-153, dez. 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do Estado e ciência política*. 6. ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004.

BIANCA, Cesare Massimo. Note sugli interessi diffusi. In: LANFRANCHI, Lucio (a cura di). *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*. Torino: G. Giappichelli, 2003. p. 67-78.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 14.ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

———. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

———. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

———. *Teoria do Estado*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRITO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 21, n. 82, p. 92-151, abr.-jun. 1996.

CALDEIRA, Adriano. *Aspectos processuais das demandas coletivas*. São Paulo: Rideel, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *Revista de Processo,* São Paulo: RT, ano 32, n. 153, p. 33-46, nov. 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Tradução de Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano II, n. 5, p. 128-159, jan.-mar. 1977.

_____. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. *Revista de Processo,* São Paulo: RT, ano 16, n. 61, p. 144-160, jan.-mar. 1991.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CARVALHO, Paulo de Barros. Tributo e segurança jurídica. In: LEITE, Gorge Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais* – considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 342-366.

CASEIRO NETO, Francisco; SERRANO, Pablo Jiménez. *Direito romano*. São Paulo: Desafio Cultural, 2002.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Teoria do Estado*. 3. ed. ref. e atual. São Paulo: RT, 1977.

CHASE, Oscar G. A "excepcionalidade" americana e o direito processual comparado. *Revista de Processo*, ano 23, n. 90, p. 115-140, abr.-jun. 1998.

CHORÃO, Mário Bigotte. *Introdução ao direito*. Coimbra: Almedina, 2000. v. 1.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

CODICE DEL CONSUMO (Decreto legislativo 6 settembre 2005 n. 206). Bases de dados. Disponível em: <http://www.cortedicassazione.it>. Acesso em: 24 set. 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*: o direito romano e o direito brasileiro. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, de Luiz Carlos. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: RT, 2001.

CUNHA, Alcides A. Munhoz da. Evolução das ações coletivas no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 20, n. 77, p. 224-235, jan.-mar. 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

DAMASCENA, Carine Valeriano; VILLAS BOAS, Regina Vera. Aspectos relevantes da história dos direitos difusos e coletivos. *Direito & Paz*, Lorena: Centro Universitário Salesiano de São Paulo, ano 06, n. 11, p. 105, 2004.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 6. ed. ampl., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2006. v. 1.

———. O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC). In: MAZZEI, Rodrigo Dias; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 95-105.

———. Situações jurídicas coletivas passivas: o objeto das ações coletivas passivas. In: ———; MOUTA José Henrique (Coord.). *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 211-218.

———; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil* – processo coletivo. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 4.

———; ———. Processo coletivo passivo. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 33, n. 165, p. 29-43, nov. 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

———. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1.

———. *Nova era do processo civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

———. Processo civil comparado. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 23, n. 90, p. 46-56, abr.-jun. 1998

DINAMARCO, Pedro da Silva. Las acciones colectivas pasivas en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. In: GIDI, Antônio Carlos Oliveira; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogeneos* – hacia un Código Modelo para Iberoamérica. 2. ed. México: Porrúa, 2004. p. 132-141.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

———. *Conflito de normas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

———. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 4.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de João Batista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais* – considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 254-293.

FALCÓN, Enrique M. Relatório – Argentina. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATABANE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*: uma análise de direito comparado. São Paulo: RT, 2008. p. 100-105.

FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. Breves considerações sobre as ações coletivas contempladas no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 18, n. 71, p. 139-153, jul.-set. 1993.

FERRARESI, Eurico. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo* – instrumentos processuais coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

———. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 136-143.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FERREIRA, Rony. *Coisa julgada nas ações coletivas* – restrição do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública. Porto Alegre: Fabris, 2004.

FINK, Daniel Roberto. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 989-991.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 5. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Pontos nervosos da tutela coletiva: legitimação, competência e coisa julgada. In: MAZZEI, Rodrigo Dias; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 65-80.

GIDI, Antônio Carlos Oliveira. *A* class action *como instrumento de tutela coletiva dos direitos* – as ações coletivas em uma perspectiva comparada. 2003. Tese (Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

———. *A* class action *como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2007.

———. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo,* São Paulo: RT, ano 27, n. 108, p. 61-70, out.-dez. 2002.

———. *Coisa julgada e litispendência*. São Paulo: Saraiva, 1995.

———. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*: un modelo para países de derecho civil. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

———. Notas críticas al anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesual. In: ———; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales*

homogeneos – hacia un Código Modelo para Iberoamérica. 2. ed. México: Porrúa, 2004. p. 405-420.

———. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo* – a codificação das ações coletivas. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de Antônio Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito processual civil nos Estados Unidos. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 30, n. 127, p. 107-116, set. 2005.

GOLDSTEIN, Stephen. Relatório – Israel. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATABANE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law:* uma análise de direito comparado. São Paulo: RT, 2008. p. 66-75.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Tutela de interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Saraiva, 2006. (Coleção Sinopses jurídicas, v. 26.)

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRECO, Leonardo. A tutela jurisdicional dos interesses coletivos. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Humberto Parreiras; CAZZETA,

Ubiratan (Org.). *Ação civil pública*: 20 anos da Lei n. 7.347/85. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 15-34.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense,* Rio de Janeiro: Forense, ano 98, v. 361, p. 3-12, maio-jun. 2002.

———. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano IV, n. 14-15, p. 25-44, abr.-set. 1979.

———. La difesa degli interessi transindividuali: Brasil e Iberoamerica. In: LANFRANCHI, Lucio (A cura di). *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*. Torino: G. Giappichelli, 2003. p. 155-165.

———. In: ——— et al. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 854-947.

———; BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcelos e. In: ——— et al. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 1-13.

———; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

———; WATANABE, Kazuo. Recepção e transmissão de institutos processuais civis. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 31, n. 140, p. 143-154, out. 2006.

———; WATABANE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil* law *e* common law: uma análise de direito comparado. São Paulo: RT, 2008.

GUEDES, Clarissa Diniz. A legitimidade ativa na ação civil pública e os princípios constitucionais. In: MAZZEI, Rodrigo Dias; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 108-139.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais* – considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 237-253.

GUZMÁN, Ramiro Bejarano. Relatório – Colômbia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATABANE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*: uma análise de direito comparado. São Paulo: RT, 2008. p. 45-54.

HOBSBAWM, Eric John. *A era das revoluções*: Europa 1789-1848. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

———. *A era dos extremos:* o breve século XX – 1914-1991. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. 24.ª impressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

———. *Da revolução industrial inglesa ao imperialismo*. Tradução de Donaldson Magalhães Garschagen. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL. Bases de dados. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br>. Acesso em: 29 mar. 2009.

KANE, Mary Kay. *Civil procedure in a nutshell*. 4. ed. St. Paul: West Group, 1996.

KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Revisão de Maria Armanda de Saint Maurice. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KLONOFF, Robert H. *Class action and other multi-party litigation in a nutshell*. St. Paul: West Group, 1999.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas:* história, teoria e prática. Porto Alegre: Fabris, 1998.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Fabris, 1999.

LISBOA, Celso Anicet. A aproximação recíproca dos diversos ordenamentos jurídicos por meio dos códigos-modelo. *Revista de Processo,* São Paulo: RT, ano 29, n. 116, p. 231-247, jul.-ago. 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12 ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

MAIA, Diogo Campos Medina. *Fundamentos da ação coletiva passiva*. 2006. Dissertação (Mestrado do Programa de Pós-graduação em Direito Processual) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

———. A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular* – proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001. (Coleção Controle jurisdicional dos atos do Estado)

———. *Interesses difusos*: conceito e legitimação para agir. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004.

———. *Manual do consumidor em juízo*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

MANTOUX, Paul. *A revolução industrial no século XVIII* – estudos sobre os primórdios da grande indústria moderna na Inglaterra. Tradução de Sônia Rangel. São Paulo: Unesp Hugite, 1957.

MARSH, Gene A. *Consumer protection law in a nutshell*. 3. ed. St. Paul: West Group, 1999.

MAZZEI, Rodrigo. Ação popular e o microssistema da tutela coletiva. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; MOUTA José Henrique (Coord.). *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 373-395.

———. Tutela coletiva em Portugal: uma breve resenha. In: ———; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 651-693.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 18. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

———. *O inquérito civil* – investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002. (Coleção Temas atuais de direito processual civil, v. 4.)

———. O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 16-32.

MICELI, Paulo. *O feudalismo*. 20. ed. atual. São Paulo: Atual, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.

MONTORO, André Franco. *Estudos de filosofia do direito*. São Paulo: RT, 1981.

MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de* civil law *e* common law: uma análise de direito comparado. São Paulo: RT, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 1999.

NERÉ, Jacques. *História contemporânea*. Tradução de Octavio Mendes Cajado. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 1988.

NERY JUNIOR, Nelson. A ação civil pública no processo do trabalho. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública:* Lei 7.347/1985 – 15 anos. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002. p. 599-622.

———. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004. (Coleção Estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, v. 21.)

———. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 993-1040.

———; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*: atualizado até 15.03.2002. 6. ed., rev. São Paulo: RT, 2002.

———; ———. *Leis civis comentadas:* atualizado até 20 de julho de 2006. São Paulo: RT, 2006.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. As ações coletivas e as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo. In: MAZZEI, Rodrigo Dias; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 81-93.

———. *Curso de direito do consumidor*: com exercícios. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Manual da monografia jurídica*: como se faz uma monografia, uma dissertação, uma tese. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro de. Ações coletivas passivas no direito brasileiro. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8503>. Acesso em: 11 jun. 2008.

PADILHA, Norma Sueli. *Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial*. Porto Alegre: Fabris, 2006.

PEDRO, Rodolfo Eduardo. Relatório – Paraguai. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATABANE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*: uma análise de direito comparado. São Paulo: RT, 2008. p. 200-205.

PINTO JÚNIOR, Alexandre Moreira. A tutela coletiva no direito argentino. *Revista de Processo,* São Paulo: RT, ano 30, n. 124, p. 157-177, jun. 2005.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais* – considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 180-197.

PISCO, Claudia de Abreu Lima. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, os dissídios coletivos e outras ações coletivas trabalhistas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 403-420.

PIZZOL, Patricia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: RT, 2003. (Coleção Estudos de direito de processo Enrico Túlio Liebman, v. 55.)

———. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006. p. 86-138.

_____. Coisa julgada nas ações coletivas. Disponível em: <htpp://www.pucsp.br/tutelacoletiva/dowload/artigo_patricia.pdf>. Acesso em: 22 out. 2008.

———. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998.

PUNZI, Carmine. La tutela giudiziale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi. In: LANFRANCHI, Lucio (a cura di). *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*. Torino: G. Giappichelli, 2003. p. 17-41.

RIBEIRO, Fábio Porto. *Ação rescisória no processo coletivo*: efeitos da ação rescisória na coisa julgada coletiva. 2006. Dissertação (Mestrado do Programa de Pós-graduação em Direito Processual) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

RODRIGUES NETTO, Nelson. Subsídios para a ação coletiva passiva brasileira. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 32, n. 149, p. 79-103, jul. 2007.

SANTOS, Dorival Moreira dos. Anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Civil Coletivo: inovações na prática processual em busca da efetividade. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 39-54.

SANTOS, Pedro Ivo dos. *Renascimento, reforma e Guerra dos Trinta Anos*. Rio de Janeiro: JCM Editores, [s.d.].

SANTOS, Ronaldo Lima dos. “Defendant class actions” o grupo como legitimado passivo no direito norte-americano e no Brasil. *Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, ano III, n. 10, p. 139-154, jan.-mar. 2004.

———. *Sindicatos e ações coletivas*: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo: LTr, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

———. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais* – considerações

em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 198-236.

SCHEI, Tore. Relatório – Noruega. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATABANE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*: uma análise de direito comparado. São Paulo: RT, 2008. p. 60-66.

SEVCENKO, Nicolau. *O renascimento*. 24. ed. São Paulo: Atual, 1998.

SHIMURA, Sérgio Seiji. O papel da associação na ação civil pública. In: MAZZEI, Rodrigo Dias; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 141-170.

SILVA, Bruno Freire e. A ineficácia da tentativa de limitação territorial dos efeitos da coisa julgada na ação civil pública. In: MAZZEI, Rodrigo Dias; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 333-347.

SILVA, Carlos Manuel Ferreira da. Relatório – Portugal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATABANE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*: uma análise de direito comparado. São Paulo: RT, 2008. p. 36-45.

SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional* – doutrina e processo. São Paulo: RT, 1968.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos*: Estatuto da criança e do adolescente, consumidor, meio ambiente, improbidade administrativa, ação civil pública e inquérito civil. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001. (Série Fundamentos jurídicos.)

SOSA, Carlos j. Sarmiento. Relatório – Venezuela. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATABANE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*: uma análise de direito comparado. São Paulo: RT, 2008. p. 112-124.

TARUFFO, Michele. Modelli di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi. In: LANFRANCHI, Lucio (A cura di). *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*. Torino: G. Giappichelli, 2003. p. 53-65.

TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais* – considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 21-51.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Considerações sobre o direito norte-americano. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano IV, n. 16, p. 113-133, out.-dez. 1979.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1.

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – UERJ. Bases de dados. Disponível em: <http://uerj.br>. Acesso em: 29 mar. 2009.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIANA, Flávia Batista. Algumas considerações sobre as *class actions* norte-americanas (pequenos contrapontos com as ações coletivas brasileiras). *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 33, n. 159, p. 93-117, maio 2008.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant class action* brasileira: limites propostos para o "Código de Processos Coletivos". In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 309-320.

———. *Interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Curso Preparatório para Concurso, 2004.

———. *Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos*. São Paulo: Saraiva, 2003.

———. *Tutela jurisdicional coletiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

VIOLIN, Jordão. *Ação coletiva passiva*: fundamentos e perfis. Salvador: JusPodivm, 2008.

WATANABE, Kazuo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 780-853.

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos "novos" direitos. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Os "novos" direitos no Brasil*: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1-30.

YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven and London: Yale University Press, 1987.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 33-38.

ANEXOS

ANEXO I

ANTEPROJETO DE CÓDIGO MODELO DE PROCESSOS COLETIVOS PARA IBERO-AMÉRICA[572]

2ª Versão, revista pela Comissão de Revisão:

- **Ada Pellegrini Grinover**
- **Aluisio Gonçalves de Castro Mendes**
- **Anibal Quiroga León**
- **Antonio Gidi**
- **Enrique M. Falcon**
- **José Luiz Vázquez Sotelo**
- **Kazuo Watanabe**
- **Ramiro Bejarano Guzmán**
- **Roberto Berizonce**
- **Sergio Artavia**

Capítulo I – Disposições gerais

Art 1º. A ação coletiva será exercida para a tutela de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato ou, entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base;

II – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendido o conjunto de direitos subjetivos individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de um grupo, categoria ou classe.

Art 2º. São requisitos da demanda coletiva:

I – a adequada representatividade do legitimado;

II – a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas.

Par. 1º. Para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, além dos requisitos indicados nos n. I e II deste artigo, é também necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto.

Par.2º. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como:

a – a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado;

b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;

c – sua conduta em outros processos coletivos;

d – sua capacidade financeira para a condução do processo coletivo;

---

[572] Disponível em: <http://www.mpcon.org.br/site/portal/jurisprudencias_detalhes.asp?campo=2552>. Acesso em: 29 mar. 2009.

e – a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;

f – o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

Art. 3º. São legitimados concorrentemente à ação coletiva:

I – o cidadão, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato;

II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos;

III – o Ministério Público e o Defensor do Povo;

IV – as pessoas jurídicas de direito público interno;

V – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

VI – as entidades sindicais, para a defesa dos interesses e direitos da categoria;

VII – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos neste código, dispensada a autorização assemblear.

Par. 1°. O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Par. 2º. Será admitido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados.

Par. 3º. Em caso de relevante interesse social, o Ministério Público, se não ajuizar a ação ou não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

Par.4º. Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada, de desistência infundada ou abandono da ação por pessoa física ou associação legitimada, o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação.

Par.5º. O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso administrativo de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Capítulo II – Dos provimentos jurisdicionais

Art. 4º. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Art. 5º. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, com base em prova consistente, se convença da verossimilhança da alegação e

I – haja fundado receio de ineficácia do provimento final ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do demandado.

Par. 1º. Não se concederá a antecipação da tutela se houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, a menos que, num juízo de ponderação

dos valores em jogo, a denegação da medida signifique sacrifício irrazoável de bem jurídico relevante.

Par. 2º. Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento.

Par. 3º. A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

Par. 4º. Se não houver controvérsia quanto à parte antecipada na decisão liminar, após a oportunidade de contraditório esta se tornará definitiva e fará coisa julgada, prosseguindo o processo, se for o caso, para julgamento dos demais pontos ou questões postos na demanda.

Art. 6º. Na ação condenatória à reparação dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, a indenização reverterá ao Fundo dos Direitos de Grupo, administrado por um Conselho Gestor governamental, de que participarão necessariamente membros do Ministério Público, juízes e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados ou, não sendo possível, à realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado.

Par. 1º . O Fundo será notificado da propositura de toda ação coletiva e sobre as decisões mais importantes do processo e poderá intervir nos processos coletivos em qualquer tempo e grau de jurisdição para demonstrar a inadequação do representante ou auxiliá-lo na tutela dos interesses ou direitos do grupo, categoria ou classe;

Par. 2º. O Fundo manterá registros que especifiquem a origem e a destinação dos recursos e indicará a variedade dos bens jurídicos a serem tutelados e seu âmbito regional;

Par.3º . Dependendo da especificidade do bem jurídico afetado, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias consideradas relevantes, o juiz especificará, em decisão fundamentada, a destinação da indenização e as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados ou a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado;

Par. 4º. A decisão que especificar a destinação da indenização indicará, de modo claro e preciso, as medidas a serem tomadas pelo Conselho Gestor do Fundo, bem como um prazo razoável para que tais medidas sejam concretizadas;

Par. 5º. Vencido o prazo fixado pelo juiz, o Conselho Gestor do Fundo apresentará relatório das atividades realizadas, facultada, conforme o caso, a solicitação de sua prorrogação, para complementar as medidas determinadas na decisão judicial.

Art. 7º. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Par. 1°. A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

Par. 2°. A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa.

Par. 3°. O juiz poderá, na hipótese de antecipação de tutela ou na sentença, impor multa diária ao demandado, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

Par. 4°. Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de

atividade nociva, além de requisição de força policial.

Art. 8º. Na ação que tenha por objeto a obrigação de entregar coisa, determinada ou indeterminada, aplicam-se, no que couber, as disposições do artigo anterior.

Capítulo III – Dos processos coletivos em geral

Art. 9º . É competente para a causa o foro:

I – do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II – da Capital, para os danos de âmbito regional ou nacional, aplicando-se as regras pertinentes de organização judiciária.

Art. 10. Nas ações coletivas, o pedido e a causa de pedir serão interpretados extensivamente.

Par. 1º. Ouvidas as partes, o juiz permitirá a emenda da inicial para alterar ou ampliar o objeto da demanda ou a causa de pedir.

Par. 2º. O juiz permitirá a alteração do objeto do processo a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado.

Art. 11. Encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

Par.1º. O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de sugerir outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro.

Par.2º. Preservada a indisponibilidade do bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.

Par. 3º. Obtida a conciliação, será homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial.

Par. 4º. Não obtida a conciliação, sendo ela parcial, ou quando, por qualquer motivo, não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

I – decidirá se a ação tem condições de prosseguir na forma coletiva;

II – poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela, respectivamente, dos interesses ou direitos difusos e individuais homogêneos, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo;

III – fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se for o caso;

IV – esclarecerá os encargos das partes quanto à distribuição do ônus da prova, de acordo com o disposto no parágrafo 1º do artigo 14.

Art. 12. São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

Par. 1º. O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Não obstante, se por razões de ordem econômica ou técnica, o ônus da prova não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir à deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença de

mérito, podendo solicitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, às custas da mesma. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar sua realização, a cargo ao Fundo de Direitos de Grupo.

Par. 2º – Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito

relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedido à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.

Par. 3º – O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

Art.13. O juiz decidirá desde logo a demanda pelo mérito, quando não houver necessidade de produção de prova.

Parágrafo único. O juiz poderá decidir desde logo parte da demanda, quando não houver necessidade de produção de prova, sempre que isso não importe em prejulgamento direto ou indireto do litígio que continuar pendente de decisão, prosseguindo o processo para a instrução e julgamento em relação aos demais pedidos em autos complementares.

Art. 14. Decorridos 60 (sessenta) dias da passagem em julgado da sentença de procedência, sem que a pessoa física ou a associação autora lhe promova a liquidação e execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, quando se tratar de interesse público relevante, facultada igual iniciativa, em todos os casos, aos demais legitimados.

Art. 15. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença condenará o demandado, se vencido, nas custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como em honorários de advogados.

Par. 1º. No cálculo dos honorários, o juiz levará em consideração a vantagem para o grupo, categoria ou classe, a quantidade e qualidade do trabalho desenvolvido pelo advogado e a complexidade da causa.

Par. 2º. Se o legitimado for pessoa física, sindicato ou associação, o juiz poderá fixar gratificação financeira quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da ação coletiva.

Par. 3º- Os autores da ação coletiva não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

Par. 4º. Em caso de litigância de má-fé, a pessoa física, o sindicato ou a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

Art. 16. O juiz deverá dar prioridade ao processamento da ação coletiva, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Art. 17. A propositura da ação coletiva interrompe o prazo de prescrição das pretensões individuais e transindividuais direta ou indiretamente relacionadas com a controvérsia.

Art.18 – A apelação da sentença definitiva tem efeito meramente devolutivo, salvo quando a fundamentação for relevante e puder resultar à parte lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz pode atribuir ao recurso efeito suspensivo.

Art.19 – A execução é definitiva quando passada em julgado a sentença; e provisória, na pendência dos recursos cabíveis.

Par.1º – A execução provisória corre por conta e risco do exeqüente, que responde pelos prejuízos causados ao executado, em caso de reforma da sentença recorrida.

Par.2º – A execução provisória permite a prática de atos que importem em

alienação do domínio ou levantamento do depósito em dinheiro.

Par.3º – A pedido do executado, o juiz pode suspender a execução provisória quando dela puder resultar lesão grave e de difícil reparação.

Capítulo IV – Da ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos

Art 20. Os legitimados poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, dentre outras (art.4º), ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.

Parágrafo único. A determinação dos interessados poderá ocorrer no momento da liquidação ou execução do julgado, não havendo necessidade de a petição inicial estar acompanhada da relação de membros do grupo, classe ou categoria. Conforme o caso, o juiz poderá determinar, ao réu ou a terceiro, a apresentação da relação e dados de pessoas que se enquadram no grupo, categoria ou classe.

Art. 21. Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e a publicação de edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como assistentes ou coadjuvantes.

Par. 1º – Sem prejuízo da publicação do edital, o juiz determinará sejam os órgãos e entidades de defesa dos interesses ou direitos protegidos neste Código cientificados da existência da demanda coletiva e de seu trânsito em julgado a fim de que cumpram o disposto no caput deste artigo.

Par. 2º – Quando for possível a execução do julgado, ainda que provisória, ou estiver preclusa a decisão antecipatória dos efeitos da tutela pretendida, o juiz determinará a publicação de edital no órgão oficial, às custas do demandado, impondo-lhe, também, o dever de divulgar nova informação pelos meios de comunicação social, observado o critério da modicidade do custo. Sem prejuízo das referidas providências, o juízo providenciará a comunicação aos órgãos e entidades de defesa dos interesses ou direitos protegidos neste código, para efeito do disposto no parágrafo anterior.

Par. 3º -. Os intervenientes não poderão discutir suas pretensões individuais no processo coletivo de conhecimento.

Art. 22. Em caso de procedência do pedido, a condenação poderá ser genérica, fixando a resposabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.

Par. 1º . Sempre que possível, o juiz calculará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo na própria ação coletiva

Par. 2º . Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo for uniforme, prevalentemente uniforme ou puder ser reduzido a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará o valor ou a fórmula de cálculo da indenização individual.

Par.3º – O membro do grupo que considerar que o valor da indenização individual ou a fórmula para seu cálculo diverso do estabelecido na sentença coletiva, poderá propor ação individual de liquidação.

Art. 23. A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados à ação coletiva.

Parágrafo único. Na liquidação da sentença, que poderá ser promovida no foro do domicílio do liquidante, caberá a este provar, tão só, o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.

Art 24. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número

compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do artigo 3º promover a liquidação e execução coletiva da indenização devida pelos danos causados.

Par. 1º. O valor da indenização será fixado de acordo com o dano globalmente causado, que será demonstrado por todas as provas admitidas em direito. Sendo a produção de provas difícil ou impossível, em razão da extensão do dano ou de sua complexidade, o valor da indenização será fixado por arbitramento.

Par. 2º. Quando não for possível a identificação dos interessados, o produto da indenização reverterá para o Fundo de Direitos de Grupo.

Art 25. A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados à ação coletiva, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiverem sido fixadas em liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções.

Par.1°. A execução coletiva far-se-á com base em certidão das decisões de liquidação, da qual constará a ocorrência , ou não, do trânsito em julgado.

Par. 2°. É competente para a execução o juízo:

I – da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual;

II – da ação condenatória, quando coletiva a execução.

Art 26. Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação de que trata o artigo 6º e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento.

Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da

importância recolhida ao fundo ficará sustada enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas.

Par. 2º. O produto da indenização reverterá para o fundo previsto no artigo 6º.

Capítulo V – Da coisa julgada, da litispendência e da conexão

Art. 27. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova.

Par. 1º. Mesmo na hipótese de improcedência fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, quando surgir prova nova, superveniente, que não poderia ter sido produzida no processo.

Par. 2° – Tratando-se de interesses ou direitos individuais homogêneos, em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação de indenização a título individual.

Par. 3°. Os efeitos da coisa julgada nas ações em defesa de interesses ou direitos difusos não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos artigos 22 a 24.

Par. 4º. Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

Par. 5º. A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*.

Art. 28. Nas relações jurídicas continuativas, se sobrevier modificação no estado de

fato ou de direito, a parte poderá pedir a revisão do que foi estatuído por sentença.

Art. 29. A primeira ação coletiva induz litispendência para as demais ações coletivas que tenham por objeto controvérsia sobre o mesmo bem jurídico, mesmo sendo diferentes o legitimado ativo e a causa de pedir.

Art. 30. Se houver conexão entre as causas coletivas, ficará prevento o juízo que conheceu da primeira ação, podendo ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a reunião de todos os processos, mesmo que nestes não atuem integralmente os mesmos sujeitos processuais.

Art. 31. A ação coletiva não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada coletiva (art.27) não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência efetiva da ação coletiva.

Capítulo VI – Da ação coletiva passiva

Art. 32. Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 2º do artigo 2º deste código, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (artigo 1º) e se revista de interesse social.

Art. 33 – Quando se tratar de interesses ou direitos difusos, a coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe.

Art. 34. Quando se tratar de interesses ou direitos individuais homogêneos, a coisa julgada atuará *erga omnes* no plano coletivo, mas a sentença de procedência não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias ou defender-se no processo de execução para afastar a eficácia da decisão na sua esfera jurídica individual.

Art.35 – Aplicam-se complementariamente às ações coletivas passivas o disposto neste Código quanto às ações coletivas ativas, no que não for incompatível.

Capítulo VII – Disposições finais

Art. 36. Este código será interpretado de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos interesses e direitos de que trata.

Art. 37. Aplicam-se subsidiariamente, no que não forem incompatíveis, as disposições do Código de Processo Civil e legislação especial pertinente.

Março de 2004

ANEXO II

ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS

(anteprojeto elaborado no âmbito dos programas de pós-graduação da USP coordenado por Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe)[573]

Janeiro de 2.007

Ministério da Justiça – Última versão

Redação de Ada Pellegrini Grinover incorporando sugestões da Casa Civil, Secretaria de Assuntos Legislativos, PGFN e dos Ministérios Públicos de Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e São Paulo

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

1 – A Lei n. 7.347/85 – a denominada lei da ação civil pública – acaba de completar 20 anos. Há muito com o que se regozijar, mas também resta muito a fazer. Não há dúvidas de que a lei revolucionou o direito processual brasileiro, colocando o país numa posição de vanguarda entre os países de *civil law* e ninguém desconhece os excelentes serviços prestados à comunidade na linha evolutiva de um processo individualista para um processo social. Muitos são seus méritos, ampliados e coordenados pelo sucessivo Código de Defesa do Consumidor, de 1990. Mas antes mesmo da entrada em vigor do CDC, e depois de sua promulgação, diversas leis regularam a ação civil pública, em dispositivos esparsos e às vezes colidentes. Podem-se, assim, citar os artigos 3º, 4º, 5º, 6º e 7º da Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989; o artigo 3º da Lei n. 7.913, de 7 de dezembro de 1989; os artigos 210, 211, 212, 213, 215, 217, 218, 219, 222, 223 e 224 da Lei n. 8.069, de 13 de junho de 1990; o artigo 17 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992; o artigo 2º da Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997; e os artigos 80, 81, 82, 83, 85, 91, 92 e 93 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003.

Outras dificuldades têm sido notadas pela concomitante aplicação à tutela de direitos ou interesses difusos e coletivos da Ação Civil Pública e da Ação Popular constitucional, acarretando problemas práticos quanto à conexão, à continência e à prevenção, assim como reguladas pelo CPC, o qual certamente não tinha e não tem

---

[573] Disponível em: http://www.direitoprocessual.org.br/site/index.php?m=enciclopedia&categ=16&t=QW50ZXBy2pldG9zIGRvIELCRFAgl5BBbnRLcHJvamV0b3M. Acesso em: 29 mar. 2009.

em vista o tratamento das relações entre processos coletivos. E mesmo entre diversas ações civis públicas, concomitantes ou sucessivas, têm surgido problemas que geraram a multiplicidade de liminares, em sentido oposto, provocando um verdadeiro caos processual que foi necessário resolver mediante a suscitação de conflitos de competência perante o STJ. O que indica, também, a necessidade de regular de modo diverso a questão da competência concorrente. Seguro indício dos problemas suscitados pela competência concorrente é a proposta de Emenda Constitucional que atribui ao STJ a escolha do juízo competente para processar e julgar a demanda coletiva.

Assim, não se pode desconhecer que 20 anos de aplicação da LACP, com os aperfeiçoamentos trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor, têm posto à mostra não apenas seus méritos, mas também suas falhas e insuficiências, gerando reações, quer do legislativo, quer do executivo, quer do judiciário, que objetivam limitar seu âmbito de aplicação. No campo do governo e do Poder Legislativo, vale lembrar, por exemplo, medidas provisórias e leis que tentaram limitar os efeitos da sentença ao âmbito territorial do juiz, que restringiram a utilização de ações civis públicas contra a Fazenda Pública e por parte das associações – as quais, aliás, necessitam de estímulos para realmente ocuparem o lugar de legitimados ativos que lhes compete. E, no campo jurisdicional, podemos lembrar as posições contrárias à legitimação das defensorias públicas, ao controle difuso da constitucionalidade na ação civil pública, à extração de carta de sentença para execução provisória por parte do beneficiário que não foi parte da fase de conhecimento do processo coletivo, assim como, de um modo geral, a interpretação rígida das normas do processo, sem a necessária flexibilização da técnica processual.

E ainda: a aplicação prática das normas brasileiras sobre processos coletivos (ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo) tem apontado para dificuldades práticas decorrentes da atual legislação: assim, por exemplo, dúvidas surgem quanto à natureza da competência territorial (absoluta ou relativa), sobre a litispendência (quando é diverso o legitimado ativo), a conexão (que, rigidamente interpretada, leva à proliferação de ações coletivas e à multiplicação de decisões contraditórias), à possibilidade de se repetir a demanda em face de prova superveniente e a de se intentar ação em que o grupo, categoria ou classe figure no pólo passivo da demanda.

Por outro lado, a evolução doutrinária brasileira a respeito dos processos coletivos autoriza a elaboração de um verdadeiro Direito Processual Coletivo, como ramo do direito processual civil, que tem seus próprios princípios e institutos fundamentais, diversos dos do Direito Processual Individual. Os institutos da legitimação, competência, poderes e deveres do juiz e do Ministério Público, conexão, litispendência, liquidação e execução da sentença, coisa julgada, entre outros, têm

feição própria nas ações coletivas que, por isso mesmo, se enquadram numa Teoria Geral dos Processos Coletivos. Diversas obras, no Brasil, já tratam do assunto. E o país, pioneiro no tratamento dos interesses e direitos transindividuais e dos individuais homogêneos, por intermédio da LACP e do CDC, tem plena capacidade para elaborar um verdadeiro Código de Processos Coletivos, que mais uma vez o colocará numa posição de vanguarda, revisitando os princípios processuais e a técnica processual por intermédio de normas mais abertas e flexíveis, que propiciem a efetividade do processo coletivo.

2 – Acresça-se a tudo isto a elaboração do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, aprovado nas Jornadas do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, na Venezuela, em outubro de 2004. Ou seja, de um Código que possa servir não só como repositório de princípios, mas também como modelo concreto para inspirar as reformas, de modo a tornar mais homogênea a defesa dos interesses e direitos transindividuais em países de cultura jurídica comum.

Deveu-se a Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi a elaboração da primeira proposta de um Código Modelo, proposta essa que aperfeiçoou as regras do microssistema brasileiro de processos coletivos, sem desprezar a experiência das *class-actions* norte-americanas. Muitas dessas primeiras regras, que foram apefeiçoadas com a participação ativa de outros especialistas ibero-americanos (e de mais um brasileiro, Aluísio de Castro Mendes), passaram depois do Código Modelo para o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.

3 – O Código Modelo foi profundamente analisado e debatido no Brasil, no final de 2.003, ao ensejo do encerramento do curso de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, por professores e pós-graduandos da disciplina “Processos Coletivos”, ministrada em dois semestres por Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, para verificar como e onde suas normas poderiam ser incorporadas, com vantagem, pela legislação brasileira. E daí surgiu a idéia da elaboração de um Código Brasileiro de Processos Coletivos, que aperfeiçoasse o sistema, sem desfigurá-lo. Ada Pellegrini Grinover coordenou os trabalhos do grupo de pós-graduandos de 2.003 que se dispôs a preparar propostas de Código Brasileiro de Processos Coletivos, progressivamente trabalhadas e melhoradas. O grupo inicialmente foi formado pelo doutorando Eurico Ferraresi e pelos mestrandos Ana Cândida Marcato, Antônio Guidoni Filho e Camilo Zufelato. Depois, no encerramento do curso de 2004, outra turma de pós-graduandos, juntamente com a primeira, aportou aperfeiçoamentos à proposta, agora também contando com a profícua colaboração de Carlos Alberto Salles e Paulo Lucon. Nasceu assim a primeira versão do Anteprojeto, trabalhado também pelos mestrandos, doutorandos e professores da disciplina, durante o ano de 2.005. O Instituto Brasileiro de Direito Processual, por intermédio de seus membros, ofereceu diversas sugestões. No segundo semestre de 2.005, o texto foi

analisado por grupos de mestrandos da UERJ e da Universidade Estácio de Sá, sob a orientação de Aluísio de Castro Mendes, daí surgindo mais sugestões. O IDEC também foi ouvido e aportou sua contribuição ao aperfeiçoamento do Anteprojeto. Colaboraram na redação final da primeira versão do Anteprojeto juízes das Varas especializadas já existentes no país. Foram ouvidos membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e de diversos Estados, que trouxeram importantes contribuições. Enfim, a primeira versão do Anteprojeto foi apresentada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual ao Ministério da Justiça, em dezembro de 2005. Submetido a consulta pública, sugestões de aperfeiçoamento vieram de órgãos públicos (Casa Civil, Secretaria de Assuntos Legislativos, PGFN e Fundo dos Interesses Difusos), bem como dos Ministérios Públicos de Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e São Paulo. Após novos debates, as sugestões foram criteriosamente examinadas por professores e pós-graduandos da turma de 2006 da disciplina “Processos Coletivos” da Faculdade de Direito da USP e diversas delas foram incorporadas ao Anteprojeto. Este é agora reapresentado ao Ministério da Justiça, como versão final, datada de dezembro de 2.006.

4 – Em síntese, pode-se afirmar que a tônica do Anteprojeto é a de manter, em sua essência, as normas da legislação em vigor, aperfeiçoando-as por intermédio de regras não só mais claras, mas sobretudo mais flexíveis e abertas, adequadas às demandas coletivas. Corresponde a essa necessidade de flexibilização da técnica processual um aumento dos poderes do juiz – o que, aliás, é uma tendência até do processo civil individual. Na revisitação da técnica processual, são pontos importantes do Anteprojeto a reformulação do sistema de preclusões – sempre na observância do contraditório -, a reestruturação dos conceitos de pedido e causa de pedir – a serem interpretados extensivamente – e de conexão, continência e litispendência – que devem levar em conta a identidade do bem jurídico a ser tutelado; o enriquecimento da coisa julgada, com a previsão do julgado “secundum eventum probationis”; a ampliação dos esquemas da legitimação, para garantir maior acesso à justiça, mas com a paralela observância de requisitos que configuram a denominada “representatividade adequada” e põem em realce o necessário aspecto social da tutela dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, colocando a proteção dos direitos fundamentais de terceira geração a salvo de uma indesejada banalização.

5 – O Anteprojeto engloba os atuais processos coletivos brasileiros – com exceção dos relativos ao controle da constitucionalidade, que não se destinam à defesa de interesses ou direitos de grupos, categorias ou classes de pessoas -, sendo constituído de VI Capítulos.

O Capítulo I inicia-se com a enumeração dos princípios gerais da tutela jurisdicional coletiva. Não foi incorporado no texto a exclusão de certas demandas, pela matéria, hoje constante do parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, uma

vez que representa uma injustificada vulneração aos princípios do acesso à justiça, da universalidade de jurisdição e da economia processual, bem como inaceitável privilégio da Fazenda Pública. O Capítulo cuida das demandas coletivas em geral, aplicando-se a todas elas e tratando de manter diversos dispositivos vigentes, mas também regrando matérias novas ou reformuladas – como o pedido e a causa de pedir, a conexão e a continência, a relação entre ação coletiva e ações individuais, a questão dos processos individuais repetitivos. Também novas são as normas sobre interrupção da prescrição, a prioridade de processamento da demanda coletiva sobre as individuais e a utilização de meios eletrônicos para a prática de atos processuais, a preferência pelo processamento e julgamento por juízos especializados, a previsão de gratificação financeira para segmentos sociais que atuem na condução do processo. A questão do ônus da prova é revisitada, dentro da moderna teoria da carga dinâmica da prova. As normas sobre coisa julgada, embora atendo-se ao regime vigente, são simplificadas, contemplando, como novidade, a possibilidade de repropositura da ação, no prazo de 2 (dois) anos contados do conhecimento geral da descoberta de prova nova, superveniente, idônea para mudar o resultado do primeiro processo e que neste não foi possível produzir. Os efeitos da apelação e a execução provisória têm regime próprio, adequado às novas tendências do direito processual, e subtraindo-se a sentença proferida no processo coletivo do reexame necessário.

O Capítulo II, dividido em duas seções, trata da ação coletiva. Preferiu-se essa denominação à tradicional de "ação civil pública", não só por razões doutrinárias, mas sobretudo para obstar a decisões que não têm reconhecido a legitimação de entidades privadas a uma ação que é denominada de "pública". É certo que a Constituição alude à "ação civil pública", mas é igualmente certo que o Código de Defesa do Consumidor já a rotula como "ação coletiva". Certamente, a nova denominação não causará problemas práticos, dado o detalhamento legislativo a que ela é submetida. Trata-se apenas de uma mudança de nomenclatura, mais precisa e conveniente.

A Seção I deste Capítulo é voltada às disposições gerais, deixando-se expresso o cabimento da ação como instrumento do controle difuso de constitucionalidade. A grande novidade consiste em englobar nas normas sobre a legitimação ativa, consideravelmente ampliada, requisitos fixados por lei, correspondentes à categoria da "representatividade adequada". A representatividade adequada é, assim, comprovada por critérios objetivos, legais, para a grande maioria dos legitimados, com exceção da pessoa física – à qual diversas constituições ibero-americanas conferem legitimação – em relação a quem o juiz aferirá a presença dos requisitos em concreto. Por outro lado, a exigência de representatividade adequada é essencial para o reconhecimento legal da figura da ação coletiva passiva, objeto do Capítulo III, em que o grupo, categoria ou classe de pessoas figura na relação jurídica processual como réu.

A regra de competência territorial é deslocada para esse Capítulo (no CDC

figura indevidamente entre as regras que regem a ação em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, o que tem provocado não poucas discussões), eliminando-se, em alguns casos, a regra da competência concorrente entre Capitais dos Estados e Distrito Federal ou entre comarcas, motivo de proliferações de demandas e de decisões contraditórias. Para as demandas de índole nacional é fixada a competência territorial do Distrito Federal, único critério que possibilitará centralizá-las, evitando investidas do Legislativo atualmente consubstanciadas em proposta de Emenda Constitucional que pretende atribuir ao STJ a competência para decidir a respeito do foro competente. Regras de competência devem ser fixadas pela lei e não pelos tribunais. De outro lado, a relativa centralização da competência vem balanceada pela maior flexibilidade da legitimação entre os diversos órgãos do Ministério Público, que poderão atuar fora dos limites funcionais e territoriais de suas atribuições (quer em relação ao inquérito civil, quer em relação à propositura da demanda – conforme, aliás, já permite a Lei Nacional do Ministério Público). A mesma flexibilidade é atribuída a outros entes legitimados.

O inquérito civil é mantido nos moldes da Lei da Ação Civil Pública, mas se deixa claro que as peças informativas nele colhidas só poderão ser aproveitadas na ação coletiva desde que submetidas a contraditório, ainda que diferido. Afinal, a Constituição federal garante o contraditório no processo administrativo, conquanto não punitivo, em que haja "litigantes" (ou seja, titulares de conflitos de interesses), obtendo-se de sua observância, como resultado, a maior possibilidade de lavratura do termo de ajustamento de conduta e da própria antecipação de tutela, com base nas provas colhidas no inquérito, que poderão atender ao requisito da "prova incontroversa".

O termo de ajustamento de conduta é objeto de normas mais minuciosas, esbatendo dúvidas que existem nessa matéria a respeito dos procedimentos utilizados pelo Ministério Público.

Deixa-se ao Ministério Público maior liberdade para intervir no processo como fiscal da lei. A fixação do valor da causa é dispensado quando se trata de danos inestimáveis, evitando-se assim inúmeros incidentes processuais, mas seu valor será fixado na sentença. A audiência preliminar é tratada nos moldes de proposta legislativa existente para o processo individual, com o intuito de transformar o juiz em verdadeiro gestor do processo, dando-se ênfase aos meios alternativos de solução de controvérsias; deixa-se claro, aliás, até onde poderá ir a transação – outra dúvida que tem aparecido nas demandas coletivas – bem como seus efeitos no caso de acordo a que não adira o membro do grupo, categoria ou classe, em se tratando de direitos ou interesses individuais homogêneos. O Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos, dividido em federal e estaduais, é regulamentado de modo a resguardar a destinação do dinheiro arrecadado, cuidando-se também do necessário controle e da devida transparência. Além disso, norma de relevante interesse para os autores coletivos

atribui ao Fundo a responsabilidade pelo adiantamento dos custos das perícias, verba essa que deverá ser incluída no orçamento da União e dos Estados.

A Seção II do Capítulo II trata da ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos. E, com relação à ação de responsabilidade civil reparatória dos danos pessoalmente sofridos, inova no regime das notificações, necessárias não só no momento da propositura da demanda – como é hoje – mas também quando houver decisões que favoreçam os membros do grupo: com efeito, o desconhecimento da existência de liminares ou da sentença de procedência tem impedido aos beneficiados a fruição de seus direitos. Outra novidade está na sentença condenatória que, quando possível, não será genérica, mas poderá fixar a indenização devida aos membros do grupo, ressalvado o direito à liquidação individual. Estabelecem-se novas regras sobre a liquidação e a execução da sentença, coletiva ou individual, ampliando as regras de competência e a legitimação, tudo no intuito de facilitar a fruição dos direitos por parte dos beneficiários. É mantida a *fluid recovery*, mas com a novidade de que, enquanto não prescritas as pretensões individuais, o Fundo ficará responsável pelo pagamento, até o limite da importância que lhe foi recolhida.

O Capítulo III introduz no ordenamento brasileiro a ação coletiva passiva originária, ou seja a ação promovida não pelo, mas contra o grupo, categoria ou classe de pessoas. A denominação pretende distinguir essa ação coletiva passiva de outras, derivadas, que decorrem de outros processos, como a que se configura, por exemplo, numa ação rescisória ou nos embargos do executado na execução por título extrajudicial. A jurisprudência brasileira vem reconhecendo o cabimento da ação coletiva passiva originária (a *defendant class action* do sistema norte-americano), mas sem parâmetros que rejam sua admissibilidade e o regime da coisa julgada. A pedra de toque para o cabimento dessas ações é a representatividade adequada do legitimado passivo, acompanhada pelo requisito do interesse social. A ação coletiva passiva será admitida para a tutela de interesses ou direitos difusos ou coletivos, pois esse é o caso que desponta na "*defendant class action",* conquanto os efeitos da sentença possam colher individualmente os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas. Por isso, o regime da coisa julgada é perfeitamente simétrico ao fixado para as ações coletivas ativas.

O Capítulo IV trata do mandado de segurança coletivo, até hoje sem disciplina legal. Deixa-se claro que pode ele ser impetrado, observados os dispositivos constitucionais, para a defesa de direito líquido e certo ligado a interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, espancando-se assim dúvidas doutrinárias e jurisprudenciais. Amplia-se a legitimação para abranger o MP, a Defensoria Pública e as entidades sindicais. De resto, aplicam-se ao mandado de segurança coletivo as disposições da Lei n. 1.533/51, no que não forem incompatíveis com a defesa coletiva,

assim como o Capítulo I do Código, inclusive no que respeita às custas e honorários advocatícios.

O Capítulo V trata das ações populares, sendo a Seção I dedicada à ação popular constitucional. Aplicam-se aqui as disposições do Capítulo I e as regras da Lei n. 4.717/65, com a modificação de alguns artigos desta para dar maior liberdade de ação ao Ministério Público, para prever a cientificação do representante da pessoa jurídica de direito público e para admitir a repropositura da ação, diante de prova superveniente, nos moldes do previsto para a ação coletiva.

A Seção II do Capítulo V cuida da ação de improbidade administrativa que, embora rotulada pela legislação inerente ao MP como ação civil pública, é, no entanto, uma verdadeira ação popular (destinada à proteção do interesse público e não à defesa de interesses e direitos de grupos, categorias e classes de pessoas), com legitimação conferida por lei ao Ministério Público. Esta legitimação encontra embasamento no art.129, IX, da Constituição. Aqui também a lei de regência será a Lei n.8.429/92, aplicando-se à espécie as disposições do Capítulo I do Código, com exceção da interpretação extensiva do pedido e da causa de pedir, que não se coaduna com uma ação de índole sancionatória.

Finalmente, o Capítulo VI trata das disposições finais, criando o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, a ser organizado e mantido pelo Conselho Nacional de Justiça; traçando princípios de interpretação; determinando a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, no que não for incompatível, independentemente da Justiça competente e notadamente quanto aos recursos e dando nova redação a dispositivos legais (inclusive em relação à antecipação de tutela e à sua estabilização, nos moldes do *référé* francês e consoante Projeto de Lei do Senado). Revogam-se expressamente: a Lei da Ação Civil Pública e os arts. 81 a 104 do Código de Defesa do Consumidor (pois o Anteprojeto trata por completo da matéria); o parágrafo 3˚ do art. 5˚ da Lei da Ação Popular, que fixa a prevenção da competência no momento da propositura da ação, colidindo com o princípio do Capítulo I do Anteprojeto; bem como diversos dispositivos de leis esparsas que se referem à ação civil pública, cujo cuidadoso levantamento foi feito por Marcelo Vigliar e que tratam de matéria completamente regulada pelo Anteprojeto.

A entrada em vigor do Código é fixada em cento e oitenta dias a contar de sua publicação.

6 – Cumpre observar, ainda, que o texto ora apresentado representa um esforço coletivo, sério e equilibrado, no sentido de reunir, sistematizar e melhorar as regras brasileiras sobre processos coletivos, hoje existentes em leis esparsas, às vezes inconciliáveis entre si, harmonizando-as e conferindo-lhes tratamento consentâneo com a relevância jurídica, social e política dos interesses e direitos transindividuais

e individuais homogêneos. Tudo com o objetivo de tornar sua aplicação mais clara e correta, de superar obstáculos e entraves que têm surgido na prática legislativa e judiciária e de inovar na técnica processual, de modo a extrair a maior efetividade possível de importantes instrumentos constitucionais de direito processual.

São Paulo, janeiro de 2007
Ada Pellegrini Grinover
Professora Titular de Direito Processual da USP
Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual

Capítulo I

Das demandas coletivas

Art. 1º Conteúdo do Código – Este Código dispõe sobre os processos coletivos relativos às ações coletivas ativas, à ação coletiva passiva originária, ao mandado de segurança coletivo, à ação popular constitucional e à ação de improbidade administrativa.

Art. 2º. Princípios da tutela jurisdicional coletiva – São princípios da tutela jurisdicional coletiva:

a. acesso à justiça e à ordem jurídica justa;

b. universalidade da jurisdição;

c. participação pelo processo e no processo;

d. tutela coletiva adequada;

e. boa-fé e cooperação das partes e de seus procuradores;

f. cooperação dos órgãos públicos na produção da prova;

g. economia processual;

h. instrumentalidade das formas;

i. ativismo judicial;

j. flexibilização da técnica processual;

k. dinâmica do ônus da prova;

l. representatividade adequada;

m. intervenção do Ministério Público em casos de relevante interesse social;

n. não taxatividade da ação coletiva;

o. ampla divulgação da demanda e dos atos processuais;

p. indisponibilidade temperada da ação coletiva;

q. continuidade da ação coletiva;

r. obrigatoriedade do cumprimento e da execução da sentença;

s. extensão subjetiva da coisa julgada, coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum probationem*;

t. reparação dos danos materiais e morais;

u. aplicação residual do Código de Processo Civil;

v. proporcionalidade e razoabilidade.

Art. 3˚ Efetividade da tutela jurisdicional – Para a defesa dos direitos e interesses indicados neste Código são admissíveis todas as espécies de ações e provimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela, inclusive os previstos no Código de Processo Civil e em leis especiais.

§ 1˚ O juiz, instaurado o contraditório, poderá desconsiderar a pessoa jurídica, nas hipóteses previstas no artigo 50 Código Civil e no artigo 4º da Lei n. 9.605/98.

§ 2˚ Para a tutela dos interesses e direitos previstos nas alíneas II e III do artigo 3º e observada a disponibilidade do bem jurídico protegido, as partes poderão estipular convenção de arbitragem, a qual se regerá pelas disposições do Código de Processo Civil e da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Art. 4º Objeto da tutela coletiva – A demanda coletiva será exercida para a tutela de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos os transindividuais,

de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas, entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Parágrafo único. A análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderá ser objeto de questão prejudicial, pela via do controle difuso.

Art. 5º <u>Pedido e causa de pedir</u> – Nas ações coletivas, a causa de pedir e o pedido serão interpretados extensivamente, em conformidade com o bem jurídico a ser protegido.

Parágrafo único. A requerimento da parte interessada, até a prolação da sentença, o juiz permitirá a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado, mediante possibilidade de nova manifestação de quem figure no pólo passivo da demanda, no prazo de 10 (dez) dias, com possibilidade de prova complementar, observado o parágrafo 3º do artigo 10.

Art. 6º <u>Relação entre demandas coletivas</u> – Observado o disposto no artigo 22 deste Código, as demandas coletivas de qualquer espécie poderão ser reunidas, de ofício ou a requerimento das partes, ficando prevento o juízo perante o qual a demanda foi distribuída em primeiro lugar, quando houver:

I – conexão, pela identidade de pedido ou causa de pedir ou da defesa, conquanto diferentes os legitimados ativos, e para os fins da ação prevista no Capítulo III, os legitimados passivos;

II – conexão probatória, desde que não haja prejuízo à duração razoável do processo;

III – continência, pela identidade de partes e causa de pedir, observado o disposto no inciso anterior, sendo o pedido de uma das ações mais abrangente do que o das demais.

§ 1º Na análise da identidade do pedido e da causa de pedir, será considerada a identidade do bem jurídico a ser protegido.

§ 2º Na hipótese de conexidade entre ações coletivas referidas ao mesmo bem jurídico, o juiz prevento, até o início da instrução, deverá determinar a reunião de processos para julgamento conjunto e, iniciada a instrução, poderá determiná-la, desde que não haja prejuízo à duração razoável do processo;

§ 3º Aplicam-se à litispendência as regras dos incisos I e III deste artigo, quanto à identidade de legitimados ativos ou passivos, e a regra de seu parágrafo 1º, quanto à identidade do pedido e da causa de pedir ou da defesa.

Art. 7º **Relação entre demanda coletiva e ações individuais** – A demanda coletiva não induz litispendência para as ações individuais em que sejam postulados direitos ou interesses próprios e específicos de seus autores, mas os efeitos da coisa julgada coletiva (art. 13 deste Código) não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência efetiva da demanda coletiva nos autos da ação individual.

§ 1˚ Cabe ao demandado informar o juízo da ação individual sobre a existência de demanda coletiva que verse sobre idêntico bem jurídico, sob pena de, não o fazendo, o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo no caso de a ação individual ser rejeitada.

§ 2˚ A suspensão do processo individual perdurará até o trânsito em julgado da sentença coletiva, facultado ao autor requerer a retomada do curso do processo individual, a qualquer tempo, independentemente da anuência do réu, hipótese em que não poderá mais beneficiar-se da sentença coletiva.

§ 3º O Tribunal, de ofício, por iniciativa do juiz competente ou a requerimento da parte, após instaurar, em qualquer hipótese, o contraditório, poderá determinar a suspensão de processos individuais em que se postule a tutela de interesses ou direitos referidos a relação jurídica substancial de caráter incindível, pela sua própria natureza ou por força de lei, a cujo respeito as questões devam ser decididas de modo uniforme e globalmente, quando houver sido ajuizada demanda coletiva versando sobre o mesmo bem jurídico.

§ 4º Na hipótese do parágrafo anterior, a suspensão do processo perdurará até o trânsito em julgado da sentença coletiva, vedada ao autor a retomada do curso do processo individual antes desse momento.

Art. 8˚ **Comunicação sobre processos repetitivos.** O juiz, tendo conhecimento da existência de diversos processos individuais correndo contra o mesmo demandado, com identidade de fundamento jurídico, notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados, a fim de que proponham, querendo, demanda coletiva, ressalvada aos autores individuais a faculdade prevista no artigo anterior.

Parágrafo único. Caso o Ministério Público não promova a demanda coletiva, no prazo de 90 (noventa) dias, o juiz, se considerar relevante a tutela coletiva, fará remessa das peças dos processos individuais ao Conselho Superior do Ministério

Público, que designará outro órgão do Ministério Público para ajuizar a demanda coletiva, ou insistirá, motivadamente, no não ajuizamento da ação, informando o juiz.

Art. 9˚ Efeitos da citação –A citação válida para a demanda coletiva interrompe o prazo de prescrição das pretensões individuais e transindividuais direta ou indiretamente relacionadas com a controvérsia, retroagindo o efeito à data da propositura da ação.

Art. 10. Prioridade de processamento e utilização de meios eletrônicos – O juiz deverá dar prioridade ao processamento da demanda coletiva sobre as individuais, servindo-se preferencialmente dos meios eletrônicos para a prática de atos processuais do juízo e das partes, observados os critérios próprios que garantam sua autenticidade.

Art. 11. Provas – São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

§ 1˚ Sem prejuízo do disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

§ 2º O ônus da prova poderá ser invertido quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação, segundo as regras ordinárias de experiência, ou quando a parte for hipossuficiente.

§ 3˚ Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa (parágrafo único do artigo 5º deste Código), o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para sua produção, observado o contraditório em relação à parte contrária (artigo 25, parágrafo 5**º,** inciso IV).

§ 4º . O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

§ 5º. Para a realização de prova técnica, o juiz poderá solicitar a elaboração de laudos ou relatórios a órgãos, fundações ou universidades públicas especializados na matéria.

Art. 12. Motivação das decisões judiciárias. Todas as decisões deverão ser especificamente fundamentadas, especialmente quanto aos conceitos jurídicos indeterminados.

Parágrafo único. Na sentença de improcedência, o juiz deverá explicitar, no dispositivo, se rejeita a demanda por insuficiência de provas.

Art. 13. **Coisa julgada** – Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova.

§ 1º Tratando-se de interesses ou direitos individuais homogêneos (art. 3º, III, deste Código), em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação a título individual.

§ 2º Os efeitos da coisa julgada nas ações em defesa de interesses ou direitos difusos ou coletivos (art. 4º, I e II, deste Código) não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 34 e 35.

§ 3º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

§ 4º A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*.

§ 5º Mesmo na hipótese de sentença de improcedência, fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de 2 (dois) anos contados do conhecimento geral da descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea para mudar seu resultado.

§ 6º A faculdade prevista no parágrafo anterior, nas mesmas condições, fica assegurada ao demandado da ação coletiva julgada procedente.

Art. 14. Efeitos do recurso da sentença definitiva – O recurso interposto contra a sentença tem efeito meramente devolutivo, salvo quando a fundamentação for relevante e puder resultar à parte lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz, ponderando os valores em jogo, poderá atribuir ao recurso efeito suspensivo.

Parágrafo único. As sentenças que julgam as demandas coletivas não se submetem ao reexame necessário.

Art. 15. Legitimação à liquidação e execução da sentença condenatória – Na hipótese de o autor da demanda coletiva julgada procedente não promover, em 120 (cento e vinte) dias, a liquidação ou execução da sentença, deverá fazê-lo o Ministério Público, quando se tratar de interesse público relevante, facultada igual iniciativa, em todos os casos, aos demais legitimados (art. 20 deste Código).

Art. 16. Execução definitiva e execução provisória – A execução é definitiva quando passada em julgado a sentença; e provisória, na pendência dos recursos cabíveis.

§ 1º A execução provisória corre por conta e risco do exeqüente, que responde pelos prejuízos causados ao executado, em caso de reforma da sentença recorrida.

§ 2° A execução provisória permite a prática de atos que importem em alienação do domínio ou levantamento do depósito em dinheiro.

§ 3° A pedido do executado, o tribunal pode suspender a execução provisória quando dela puder resultar lesão grave e de difícil reparação.

Art. 17. **Custas e honorários** – Nas demandas coletivas de que trata este código, a sentença condenará o demandado, se vencido, nas custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como em honorários de advogados, calculados sobre a condenação.

§ 1° Tratando-se de condenação a obrigação específica ou de condenação genérica, os honorários advocatícios serão fixados levando-se em consideração a vantagem para o grupo, categoria ou classe, a quantidade e qualidade do trabalho desenvolvido pelo advogado e a complexidade da causa.

§ 2° O Poder Público, quando demandado e vencido, incorrerá na condenação prevista neste artigo.

§ 3° Se o legitimado for pessoa física, entidade sindical ou de fiscalização do exercício das profissões, associação civil ou fundação de direito privado, o juiz, sem prejuízo da verba da sucumbência, poderá fixar gratificação financeira, a cargo do Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos, quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da demanda coletiva, observados na fixação os critérios de razoabilidade e modicidade.

§ 4° Os autores da demanda coletiva não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

§ 5° O litigante de má-fé e os responsáveis pelos respectivos atos serão solidariamente condenados ao pagamento das despesas processuais, em honorários advocatícios e em até o décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

Art. 18. **Juízos especializados –** Sempre que possível, as demandas

coletivas de que trata este Código serão processadas e julgadas em juízos especializados.

Parágrafo único. Quando se tratar de liquidação e execução individuais dos danos sofridos em decorrência de violação a interesses ou direitos individuais homogêneos (artigo 34 deste Código), a competência para a tramitação dos processos será dos juízos residuais comuns.

Capítulo II

Da ação coletiva ativa

Seção I

Disposições gerais

Art. 19. Cabimento da ação coletiva ativa. A ação coletiva ativa será exercida para a tutela dos interesses e direitos mencionados no artigo 4º deste Código.

Art. 20. **Legitimação.** São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa:

I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como:

a – a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado;

b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos;

c – sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado;

II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos coletivos, e individuais homogêneos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, nos termos do inciso I deste artigo;

III – o Ministério Público, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, bem como dos individuais homogêneos de interesse social;

IV – a Defensoria Pública, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, quando a coletividade ou os membros do grupo, categoria ou classe forem necessitados do ponto de vista organizacional, e dos individuais homogêneos, quando os membros do grupo, categoria ou classe forem, ao menos em parte,

hiposuficientes;

V – as pessoas jurídicas de direito público interno, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e, quando relacionados com suas funções, dos coletivos e individuais homogêneos;

VI – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, bem como os órgãos do Poder Legislativo, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos indicados neste Código;

VII – as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas as primeiras à defesa dos interesses e direitos ligados à categoria;

VIII – os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais;

IX – as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses ou direitos indicados neste Código, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros.

§ 1° Na defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, qualquer legitimado deverá demonstrar a existência do interesse social e, quando se tratar de direitos coletivos e individuais homogêneos, a coincidência entre os interesses do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;

§ 2º No caso dos incisos I e II deste artigo, o juiz poderá voltar a analisar a existência do requisito da representatividade adequada em qualquer tempo e grau de jurisdição, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo seguinte.

§ 3º Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada (incisos I e II deste artigo), o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados, a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação.

§ 4º Em relação às associações civis e às fundações de direito privado, o juiz poderá dispensar o requisito da pré-constituição, quando haja manifesto interesse social evidenciado pelas características do dano, pela relevância do bem jurídico a ser protegido ou pelo reconhecimento de representatividade adequada (inciso I deste artigo).

§ 5 º Os membros do Ministério Público poderão ajuizar a ação coletiva

perante a Justiça federal ou estadual, independentemente da pertinência ao Ministério Público da União, do Distrito Federal ou dos Estados, e, quando se tratar da competência da Capital do Estado (artigo 22, inciso III) ou do Distrito Federal (artigo 22, inciso IV), independentemente de seu âmbito territorial de atuação.

§ 6˚ Será admitido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados, inclusive entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados.

§ 7 º Em caso de relevante interesse social, cuja avaliação ficará a seu exclusivo critério, o Ministério Público, se não ajuizar a ação ou não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 8˚ Havendo vício de legitimação, desistência infundada ou abandono da ação, o juiz aplicará o disposto no parágrafo 3º deste artigo.

§ 9˚ Em caso de inércia do Ministério Público, aplica-se o disposto no parágrafo único do artigo 8º deste Código.

Art. 21. **Do termo de ajustamento de conduta.** Preservada a indisponibilidade do bem jurídico protegido, o Ministério Público e os órgãos públicos legitimados, agindo com critérios de equilíbrio e imparcialidade, poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta à lei, mediante fixação de modalidades e prazos para o cumprimento das obrigações assumidas e de multas por seu descumprimento.

§ 1˚ Em caso de necessidade de outras diligências, os órgãos públicos legitimados poderão firmar compromisso preliminar de ajustamento de conduta.

§ 2º Quando a cominação for pecuniária, seu valor deverá ser suficiente e necessário para coibir o descumprimento da medida pactuada e poderá ser executada imediatamente, sem prejuízo da execução específica.

§ 3º. O termo de ajustamento de conduta terá natureza jurídica de transação, com eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade de homologação judicial do compromisso, hipótese em que sua eficácia será de título executivo judicial.

Art. 22. **Competência territorial** – É absolutamente competente para a causa o foro:

I – do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II – de qualquer das comarcas ou sub-seções judiciárias, quando o dano de âmbito regional compreender até 3 (três) delas, aplicando-se no caso as regras de

prevenção;

III – da Capital do Estado, para os danos de âmbito regional, compreendendo 4 (quatro) ou mais comarcas ou sub-seções judiciárias;

IV – de uma das Capitais do Estado, quando os danos de âmbito interestadual compreenderem até 3 (três) Estados, aplicando-se no caso as regras de prevenção;

IV- do Distrito Federal, para os danos de âmbito interestadual que compreendam mais de 3 (três) Estados, ou de âmbito nacional.

§ 1º A amplitude do dano será aferida conforme indicada na petição inicial da demanda.

§ 2º Ajuizada a demanda perante juiz territorialmente incompetente, este remeterá incontinenti os autos ao juízo do foro competente, sendo vedada ao primeiro juiz a apreciação de pedido de antecipação de tutela.

§ 3º No caso de danos de âmbito nacional, interestadual e regional, o juiz competente poderá delegar a realização da audiência preliminar e da instrução ao juiz que ficar mais próximo dos fatos.

§ 4º Compete ao juiz estadual, nas comarcas que não sejam sede da Justiça federal, processar e julgar a ação coletiva nas causas de competência da Justiça federal.

Art. 23. Inquérito civil. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, nos termos do disposto em sua Lei Orgânica, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias.

§ 1˚ Aplica-se às atribuições do Ministério Público, em relação ao inquérito civil, o disposto no parágrafo 5˚ do artigo 20 deste Código.

§ 2º Nos casos em que a lei impuser sigilo, incumbe ao Ministério Público, ao inquirido e a seu advogado a manutenção do segredo.

§ 3º A eficácia probante das peças informativas do inquérito civil dependerá da observância do contraditório, ainda que diferido para momento posterior ao da sua produção;

§ 4º Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura de ação coletiva, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

§ 5º Os demais legitimados (art. 20 deste Código) poderão recorrer da decisão de arquivamento ao Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu regimento.

§ 6º O órgão do Ministério Público que promover o arquivamento do inquérito civil ou das peças informativas encaminhará, no prazo de 3 (três) dias, sob pena de falta grave, os respectivos autos ao Conselho Superior do Ministério Público, para homologação e para as medidas necessárias à uniformização da atuação ministerial.

§ 7º Deixando o Conselho de homologar a promoção do arquivamento, designará, desde logo, outro membro do Ministério Público para o ajuizamento da ação.

§ 8º Constituem crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos ou informações, quando requisitados pelo Ministério Público.

Art. 24. **Da instrução da inicial e do valor da causa –** Para instruir a inicial, o legitimado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias.

§ 1º As certidões e informações deverão ser fornecidas dentro de 15 (quinze) dias da entrega, sob recibo, dos respectivos requerimentos, e só poderão ser utilizados para a instrução da ação coletiva.

§ 2º Somente nos casos em que a defesa da intimidade ou o interesse social, devidamente justificados, exigirem o sigilo, poderá ser negada certidão ou informação.

§ 3º Ocorrendo a hipótese do parágrafo anterior, a ação poderá ser proposta desacompanhada das certidões ou informações negadas, cabendo ao juiz, após apreciar os motivos do indeferimento, requisitá-las; feita a requisição, o processo correrá em segredo de justiça.

§ 4˚ Na hipótese de ser incomensurável ou inestimável o valor dos danos coletivos, fica dispensada a indicação do valor da causa na petição inicial, cabendo ao juiz fixá-lo em sentença.

Art. 25 – **Audiência preliminar** – Encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§ 1˚ O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de sugerir outras formas adequadas de solução do

conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro.

§ 2º A avaliação neutra de terceiro, de confiança das partes, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, sendo sua finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

§ 3˚ Preservada a indisponibilidade do bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.

§ 4º Obtida a transação, será homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial.

§ 5º Não obtida a conciliação, sendo ela parcial, ou quando, por qualquer motivo, não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

I – decidirá se a ação tem condições de prosseguir na forma coletiva, certificando-a como tal;

II – poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela, respectivamente, dos interesses ou direitos difusos e coletivos, de um lado, e dos individuais homogêneos, do outro, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo;

III – decidirá a respeito do litisconsórcio e da intervenção de terceiros, esta admissível até o momento do saneamento do processo, vedada a denunciação da lide na hipótese do artigo 13, parágrafo único, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor.

IV – fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se for o caso;

V – Na hipótese do inciso anterior, esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova, de acordo com o disposto no parágrafo 1º do artigo 11 deste Código, e sobre a possibilidade de ser determinada, no momento do julgamento, sua inversão, nos termos do parágrafo 2º do mesmo artigo;

VI – Se não houver necessidade de audiência de instrução e julgamento, de acordo com a natureza do pedido e as provas documentais juntadas pelas partes ou requisitadas pelo juiz, sobre as quais tenha incidido o contraditório, simultâneo ou sucessivo, julgará antecipadamente a lide.

Art. 26. **Ação reparatória** – Na ação reparatória dos danos provocados

ao bem indivisivelmente considerado, sempre que possível e independentemente de pedido do autor, a condenação consistirá na prestação de obrigações específicas, destinadas à compensação do dano sofrido pelo bem jurídico afetado, nos termos do artigo 461 e parágrafos do Código de Processo Civil.

§ 1˚ Dependendo da especificidade do bem jurídico afetado, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias consideradas relevantes, o juiz poderá especificar, em decisão fundamentada, as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado;

§ 2˚ Somente quando impossível a condenação no cumprimento de obrigações específicas, o juiz condenará o réu, em decisão fundamentada, ao pagamento de indenização, independentemente de pedido do autor, a qual reverterá ao Fundo de Direitos Difusos e Coletivos, de natureza federal ou estadual, de acordo com a Justiça competente (art. 27 deste Código).

Art. 27. <u>Do Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos.</u> O Fundo será administrado por um Conselho Gestor federal ou por Conselhos Gestores estaduais, dos quais participarão necessariamente, em composição paritária, membros do Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à realização de atividades tendentes a minimizar as lesões ou a evitar que se repitam, dentre outras que beneficiem os bens jurídicos prejudicados, bem como a antecipar os custos das perícias necessárias à defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos e a custear o prêmio previsto no parágrafo 3**º** do artigo 17.

§ 1˚ Além da indenização oriunda da sentença condenatória, prevista no parágrafo 2˚ do artigo 26, e da execução pelos danos globalmente causados, de que trata o parágrafo 3º do artigo 36, ambos deste Código, constitui receita do Fundo, dentre outras, o produto da arrecadação de multas, inclusive as decorrentes do descumprimento de compromissos de ajustamento de conduta.

§ 2º O representante legal do Fundo, considerado funcionário público para efeitos legais, responderá por sua atuação nas esferas administrativa, penal e civil.

§ 3˚ O Fundo será notificado da propositura de toda ação coletiva e sobre as decisões mais importantes do processo, podendo nele intervir em qualquer tempo e grau de jurisdição na função de “amicus curiae”.

§ 4º O Fundo manterá e divulgará registros que especifiquem a origem e a destinação dos recursos e indicará a variedade dos bens jurídicos a serem tutelados e seu âmbito regional;

§ 5º Semestralmente, o Fundo dará publicidade às suas demonstrações financeiras e atividades desenvolvidas.

Seção II

Da ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos

Art. 28. Da ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos – A ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos será exercida para a tutela do conjunto de direitos ou interesses individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de um grupo, categoria ou classe.

§ 1˚ Para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, além dos requisitos indicados no artigo 19 deste Código, é necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto.

§ 2˚ A determinação dos interessados poderá ocorrer no momento da liquidação ou execução do julgado, não havendo necessidade de a petição inicial vir acompanhada da respectiva relação nominal.

Art. 29. Ação de responsabilidade civil – Os legitimados poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, dentre outras (artigo 2.º deste Código), ação coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.

Art. 30. Citação e notificações – Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e a publicação de edital, de preferência resumido, no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como assistentes, observado o disposto no parágrafos 5º e 6º deste artigo.

§ 1º Sem prejuízo da publicação do edital, o juiz determinará sejam os órgãos e entidades de defesa dos interesses ou direitos indicados neste Código comunicados da existência da demanda coletiva e de seu trânsito em julgado, a serem também comunicados ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos

§ 2º Concedida a tutela antecipada e sendo identificáveis os beneficiários, o juiz determinará ao demandado que informe os interessados sobre a opção de exercerem, ou não, o direito à fruição da medida.

§ 3º Descumprida a determinação judicial de que trata o parágrafo anterior, o demandado responderá, no mesmo processo, pelos prejuízos causados aos

beneficiários.

§ 4º Quando for possível a execução do julgado, ainda que provisória, o juiz determinará a publicação de edital no órgão oficial, às expensas do demandado, impondo-lhe, também, o dever de divulgar, pelos meios de comunicação social, nova informação, compatível com a extensão ou gravidade do dano, observado o critério da modicidade do custo. Sem prejuízo das referidas providências, o juízo providenciará a comunicação aos órgãos e entidades de defesa dos interesses ou direitos indicados neste Código, bem como ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos.

§ 5º A apreciação do pedido de assistência far-se-á em autos apartados, sem suspensão do feito, recebendo o interveniente o processo no estado em que se encontre.

§ 6º Os intervenientes não poderão discutir suas pretensões individuais na fase de conhecimento do processo coletivo.

Art. 31. Efeitos da transação – As partes poderão transacionar, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de não aderir à transação, propondo ação a título individual.

Art. 32 – Sentença condenatória – Sempre que possível, o juiz fixará na sentença o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo, categoria ou classe.

§ 1° Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo, categoria ou classe for uniforme, prevalentemente uniforme ou puder ser reduzido a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará o valor ou a fórmula de cálculo da indenização individual.

§ 2º O membro do grupo, categoria ou classe que divergir quanto ao valor da indenização individual ou à fórmula para seu cálculo, estabelecidos na sentença coletiva, poderá propor ação individual de liquidação.

§ 3º Não sendo possível a prolação de sentença condenatória líquida, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.

Art. 33. Competência para a liquidação e execução – É competente para a liquidação e execução o juízo:

I – da fase condenatória da ação ou da sede do legitimado à fase de conhecimento, quando coletiva a liquidação ou execução.

II– da fase condenatória, ou do domicílio da vítima ou sucessor, no caso de liquidação ou execução individual.

§ 1º O exeqüente poderá optar pelo juízo do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação.

§ 2º Quando a competência para a liquidação e execução não for do juízo da fase de conhecimento, o executado será citado, seguindo a execução o procedimento do art. 475-A e seguintes do Código de Processo Civil.

Art. 34. Liquidação e execução individuais. A liquidação e execução serão promovidas individualmente pelo beneficiário ou seus sucessores, que poderão ser representados, mediante instrumento de mandato, por associações, entidades sindicais ou de fiscalização do exercício das profissões e defensorias públicas, ainda que não tenham sido autoras na fase de conhecimento, observados os requisitos do artigo 20 deste Código.

§ 1º Na liquidação da sentença caberá ao liquidante provar, tão só, o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.

§ 2º A liquidação da sentença poderá ser dispensada quando a apuração do dano pessoal, do nexo de causalidade e do montante da indenização depender exclusivamente de prova documental, hipótese em que o pedido de execução por quantia certa será acompanhado dos documentos comprobatórios e da memória do cálculo.

§ 3º Os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário, regendo-se os respectivos saques, sem expedição de alvará, pelas normas aplicáveis aos depósitos bancários.

§ 4º Na hipótese de o exercício da ação coletiva ter sido contratualmente vinculado ao pagamento de remuneração ajustada por serviços prestados, o montante desta será deduzido dos valores destinados ao pagamento previsto no parágrafo anterior, ficando à disposição da entidade legitimada.

§ 5º A carta de sentença para a execução provisória poderá ser extraída em nome do credor, ainda que este não tenha integrado a lide na fase de conhecimento do processo.

Art. 35. Liquidação e execução coletivas – Se possível, a liquidação e a execução serão coletivas, sendo promovidas por qualquer dos legitimados do artigo 20 deste Código.

Art. 36. <u>Liquidação e execução pelos danos globalmente causados</u> – Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do artigo 20 deste Código promover a liquidação e execução coletiva da indenização devida pelos danos causados.

§ 1˚ Na fluência do prazo previsto no caput deste artigo a prescrição não correrá.

§ 2˚ O valor da indenização será fixado de acordo com o dano globalmente causado, que poderá ser demonstrado por meio de prova pré-constituída ou, não sendo possível, mediante liquidação.

§ 3˚ O produto da indenização reverterá ao Fundo (art. 27 deste Código), que o utilizará para finalidades conexas à proteção do grupo, categoria ou classe beneficiados pela sentença.

§ 4˚ Enquanto não se consumar a prescrição da pretensão individual, fica assegurado o direito de exigir o pagamento pelo Fundo, limitado o total das condenações ao valor que lhe foi recolhido.

Art. 37. <u>Concurso de créditos</u> – Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação de que trata o artigo 26 deste Código e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento.

Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância a ser recolhida ao Fundo ficará sustada enquanto pendentes de decisão de recurso ordinário as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas.

Capítulo III

Da ação coletiva passiva originária

Art. 38. <u>Ações contra o grupo, categoria ou classe</u> – Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada, mesmo sem personalidade jurídica, desde que apresente representatividade adequada (artigo 20, I, “a”, “b” e “c”), se trate de tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos (artigo 4º, incisos I e II) e a tutela se revista de interesse social.

Parágrafo único. O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados à ação coletiva ativa (art. 20, incisos III, IV, V e VI e VII deste Código) não poderão ser considerados representantes adequados da coletividade, ressalvadas as entidades

sindicais.

Art. 39. Coisa julgada passiva –A coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe e aplicando-se ao caso as disposições do artigo 12 deste Código, no que dizem respeito aos interesses ou direitos transindividuais.

Art. 40. Aplicação complementar às ações coletivas passivas – Aplica-se complementarmente às ações coletivas passivas o disposto no Capítulo I deste Código, no que não for incompatível.

Parágrafo único. As disposições relativas a custas e honorários, previstas no artigo 16 e seus parágrafos, serão invertidas, para beneficiar o grupo, categoria ou classe que figurar no pólo passivo da demanda.

Capítulo IV

Do mandado de segurança coletivo

Art. 41. Cabimento do mandado de segurança coletivo – Conceder-se-á mandado de segurança coletivo, nos termos dos incisos LXIX e LXX do artigo 5° da Constituição federal, para proteger direito líquido e certo relativo a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos (art. 4º deste Código).

Art. 42. Legitimação ativa – O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

I – Ministério Público;

II – Defensoria Pública;

III – partido político com representação no Congresso Nacional;

IV – entidade sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados, dispensada a autorização assemblear.

Parágrafo único – O Ministério Público, se não impetrar o mandado de segurança coletivo, atuará como fiscal da lei, em caso de interesse público ou relevante interesse social.

Art. 43. Disposições aplicáveis – Aplicam-se ao mandado de segurança coletivo as disposições do Capítulo I deste Código, inclusive no tocante às custas e honorários (art. 17 e seus parágrafos) e as da Lei n.º 1.533/51, no que não for incompatível.

Capítulo V

Das ações populares

Seção I

Da ação popular constitucional

Art. 44 – Disposições aplicáveis – Aplicam-se à ação popular constitucional as disposições do Capítulo I deste Código e as da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965.

Seção II

Ação de improbidade administrativa

Art. 45. Disposições aplicáveis – A ação de improbidade administrativa rege-se pelas disposições do Capítulo I deste Código, com exceção do disposto no artigo 5º e seu parágrafo único, devendo o pedido e a causa de pedir ser interpretados restritivamente, e pelas disposições da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992,

Capítulo VI

Disposições finais

Art. 46. Do Cadastro Nacional de Processos Coletivos – O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, com a finalidade de permitir que todos os órgãos do Poder Judiciário e todos os interessados tenham acesso ao conhecimento da existência de ações coletivas, facilitando a sua publicidade.

§ 1º Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídos processos coletivos remeterão, no prazo de 10 (dez) dias, cópia da petição inicial ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos.

§ 2º O Conselho Nacional de Justiça, no prazo de 90 (noventa) dias, editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Processos Coletivos, incluindo a forma de comunicação pelos juízos quanto à existência de processos coletivos e aos atos processuais mais relevantes, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença e o trânsito em julgado, a interposição de recursos e seu andamento, a execução provisória ou definitiva; disciplinará, ainda, os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado.

Art. 47. Instalação de órgãos especializados – A União, no prazo de

180 (cento e oitenta) dias, e os Estados criarão e instalarão órgãos especializados, em primeira e segunda instância, para o processamento e julgamento de ações coletivas.

Art. 48. Princípios de interpretação – Este Código será interpretado de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos direitos e interesses de que trata.

Art. 49. Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil – Aplicam-se subsidiariamente às ações coletivas, no que não forem incompatíveis, as disposições do Código de Processo Civil, independentemente da Justiça competente para o processamento e julgamento.

Parágrafo único – Os recursos cabíveis e seu processamento seguirão o disposto no Código de Processo Civil e legislação correlata, no que não for incompatível.

Art. 50. Nova redação – Dê-se nova redação aos artigos de leis abaixo indicados:

a – Dê-se aos §§ 4º e 5º do art. 273 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), a seguinte redação:

"**Art. 273** .....

§4º. A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada, fundamentadamente, enquanto não se produza a preclusão da decisão que a concedeu (§1° do art. 273-B e art. 273-C).

§5º. Na hipótese do inciso I deste artigo, o juiz só concederá a tutela antecipada sem ouvir a parte contrária em caso de extrema urgência ou quando verificar que o réu, citado, poderá torná-la ineficaz".

b **–** A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), passa a vigorar acrescida dos seguintes arts.: 273-A, 273-B, 273-C, 273-D:

"**Art. 273-A**. A antecipação de tutela poderá ser requerida em procedimento antecedente ou na pendência do processo".

"**Art. 273-B**. Aplicam-se ao procedimento previsto no art. 273-A, no que couber, as disposições do Livro III, Título único, Capítulo I deste Código.

§1º. Concedida a tutela antecipada em procedimento antecedente, é facultado, até 30 (trinta) dias contados da preclusão da

decisão concessiva:

a) ao réu, propor demanda que vise à sentença de mérito;

b) ao autor, em caso de antecipação parcial, propor demanda que vise à satisfação integral da pretensão.

§2º. Não intentada a ação, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida".

"**Art. 273-C**. Concedida a tutela antecipada no curso do processo, é facultado à parte interessada, até 30 (trinta) dias contados da preclusão da decisão concessiva, requerer seu prosseguimento, objetivando o julgamento de mérito.

Parágrafo único. Não pleiteado o prosseguimento do processo, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida".

"**Art. 273-D** Proposta a demanda (§ 1° do art. 273-B) ou retomado o curso do processo (art. 273-C), sua eventual extinção, sem julgamento do mérito, não ocasionará a ineficácia da medida antecipatória, ressalvada a carência da ação, se incompatíveis as decisões."

c – O artigo 10 da Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951, passa a ter a seguinte redação:

Artigo 10: "Findo o prazo a que se refere o item I do art. 7º e ouvido, dentro de 5 (cinco) dias, o representante da pessoa jurídica de direito público, responsável pela conduta impugnada, os autos serão conclusos ao juiz, independentemente de solicitação da parte, para a decisão, a qual deverá ser proferida em 5 (cinco) dias, tenham sido ou não prestadas as informações pela autoridade coatora".

d – O artigo 7°, inciso I, alínea "a", da Lei n. 4717, de 29 de junho de 1965, passa a ter a seguinte redação:

Art. 7° ".....
...

I .....

a – além da citação dos réus, a intimação do representante do Ministério Público, que poderá intervir no processo como litisconsorte ou fiscal da lei, devendo fazê-lo obrigatoriamente quando se tratar, a seu

exclusivo critério, de interesse público relevante, vedada, em qualquer caso, a defesa dos atos impugnados ou de seus autores."

e- Acrescente-se ao artigo 18 da Lei n. 4717, de 29 de junho de 1965 um parágrafo único, com a seguinte redação:

Art. 18 – "....

Parágrafo único – Mesmo na hipótese de improcedência fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de 2 (dois) anos contados do conhecimento geral da descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea, por si só, para mudar seu resultado."

f – Acrescentem-se ao artigo 17 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, dois parágrafos, numerados como 1° e 2°, renumerando-se os atuais parágrafos 1° , 2°, 3°, 4°, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11 e 12 como 3° , 4°, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 14.

Art.17 – "....

§ 1° – Nas hipóteses em que, pela natureza e circunstâncias de fato ou pela condição dos responsáveis, o interesse social não apontar para a necessidade de pronta e imediata intervenção do Ministério Público, este, a seu exclusivo critério, poderá, inicialmente, provocar a iniciativa do Poder Público co-legitimado, zelando pela observância do prazo prescricional e, sendo proposta a ação, intervir nos autos respectivos como fiscal da lei, nada obstando que, em havendo omissão, venha a atuar posteriormente, inclusive contra a omissão, se for o caso.

§ 2º – No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, a pessoa jurídica interessada integrará a lide na qualidade de litisconsorte, cabendo-lhe apresentar ou indicar os meios de prova de que disponha.

§ 3°....

§ 4°....

§ 5°....

§ 6°....

§ 7°....

§ 8°.....

§ 9°.....

§ 10.....

§ 11.....

§ 12.....

§ 13.....

§ 14....."

g – O artigo 80 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003, passa a ter a seguinte redação:

> Art. 80: "As ações individuais movidas pelo idoso serão propostas no foro de seu domicílio, cujo juízo terá competência absoluta para processar e julgar a causa".

Art. 51. <u>Revogação</u> – Revogam-se a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; os artigos 81 a 104 da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990; o parágrafo 3° do artigo 5° da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965; os artigos 3º, 4º, 5º, 6º e 7º da Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989; o artigo 3º da Lei n. 7.913, de 7 de dezembro de 1989; os artigos 210, 211, 212, 213, 215, 217, 218, 219, 222, 223 e 224 da Lei n. 8.069, de 13 de junho de 1990; o artigo 2º da Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997; e os artigos 81, 82, 83, 85, 91, 92 e 93 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003.

Art. 52. <u>Vigência</u> – Este Código entrará em vigor dentro de cento e oitenta dias a contar de sua publicação.

Dezembro de 2006.

ANEXO III

ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS

(anteprojeto elaborado no âmbito dos programas de pós-graduação da UERJ e UNESA coordenado por Aluísio Gonçalves de Castro Mendes)[574]

1. Em termos legislativos, a história recente dos processos coletivos no Brasil encontra-se indissoluvelmente marcada por três diplomas: a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347), de 1985; a Constituição da República de 1988; e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078), de 1990. Ao longo dos últimos vinte anos, pode-se dizer que houve não apenas o florescimento de um conjunto de normas pertinentes, mas também o desabrochar de substanciosa doutrina relacionada com as ações coletivas e a ocupação de um espaço crescente por parte da preocupação de docentes e discentes no meio acadêmico, consubstanciando o surgimento de uma nova disciplina: o Direito Processual Coletivo.
2. A experiência brasileira em torno das ações coletivas, englobando a ação popular, desde 1934, é rica e vem servindo de inspiração até mesmo para outros países. Nesse sentido, forçosa é a menção ao Código Modelo de Processos Coletivos, editado pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, no ano de 2004, que foi elaborado com a participação de quatro professores brasileiros: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Antonio Gidi e Kazuo Watanabe.
3. Os processos coletivos passaram a servir de instrumento principalmente para os denominados novos direitos, como o do meio ambiente e dos consumidores, desdobrando-se, ainda, em estatutos legislativos específicos, como a Lei n. 7.853, dispondo sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência; a Lei n. 7.913, para proteção dos investidores em valores mobiliários; a Lei n. 8.069, para a defesa das crianças e dos adolescentes; a Lei n. 8.429, contra a improbidade administrativa; a Lei n. 8.884, contra as infrações da ordem econômica e da economia popular e a Lei n. 10.741, dispondo sobre o Estatuto do Idoso, prevendo expressamente a defesa coletiva dos respectivos interesses e direitos. Entretanto, o caminho legislativo percorrido não foi apenas de avanços. Em determinados momentos, a tutela jurisdicional coletiva sofreu reveses, ressaltando-se as restrições impostas ao objeto das ações coletivas, pela Medida Provisória n. 2.180-35, e a tentativa de confinamento dos efeitos do julgado coletivo nos limites da competência territorial do órgão prolator da sentença, ditado pela Lei n. 9.494.

---

[574] Texto retirado do site da UERJ: http://www.direitouerj.org.br/2005/download/outros/cbpc.doc (Acesso em 5 mar. 2009).

4. Os resultados colhidos do dia-a-dia forense e dos debates acadêmicos demonstram que as soluções oferecidas pelos processos coletivos podem e devem ser aperfeiçoados. Os princípios e normas gerais pertinentes aos processos coletivos precisam ser reunidos em um estatuto codificado, dando tratamento sistemático e atual para a tutela coletiva, bem como preenchendo as lacunas existentes e dando respostas às dúvidas e controvérsias que grassam no meio jurídico. A elaboração recente do Código Modelo para Processos Coletivos, no âmbito dos países ibero-americanos, reavivou e consolidou a vontade de se repensar a legislação brasileira em torno das ações coletivas. Nesse sentido, foi elaborado, sob a coordenação da Professora Ada Pellegrini Grinover, na esfera da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), um primeiro Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, oferecido à discussão e sendo nesse sentido enviado aos membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual.
5. Os programas de Mestrado em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA) foram pioneiros na introdução de disciplinas voltadas para o estudo dos processos coletivos, respectivamente denominadas de Direito Processual Coletivo e Tutela dos Interesses Coletivos. Procurando honrar a tradição de eminentes processualistas do Estado do Rio de Janeiro, como Machado Guimarães, José Carlos Barbosa Moreira, Luiz Fux, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Sérgio Bermudes, Leonardo Greco e Carreira Alvim, a discussão em torno do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos desenvolveu-se, paralela e concomitantemente, ao longo de todo o primeiro semestre letivo de 2005, dando prosseguimento aos debates realizados no ano de 2004, em torno do Código Modelo de Processos Coletivos e de reflexões comparativas, que procuravam, em especial, apontar para uma maior efetividade do processo coletivo, com o seu fortalecimento e consecução dos seus escopos de acesso à Justiça, de economia processual e judicial, de celeridade na prestação jurisdicional, de preservação do princípio da isonomia em relação ao direito material e do equilíbrio entre as partes na relação processual.
6. Por felicidade, o grupo reunido, sob a coordenação do Professor e Juiz Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, docente das supramencionadas disciplinas, contou com a participação de pessoas com larga experiência em termos de atuação junto a processos coletivos e uma ampla diversidade e pluralidade, em termos de origem e experiência profissional, o que enriqueceu os debates e permitiu que as questões fossem vistas de modo multifacetário. Elaboraram propostas e participaram das discussões os seguintes integrantes dos programas de pós-graduação *stricto sensu* da UERJ e da UNESA: Adriana Silva de Britto (Defensora Pública), Cláudia Abreu Lima Pisco (Juíza do Trabalho), Diogo Medina Maia (Advogado), Guadalupe Louro Turos Couto (Procuradora do Trabalho), Luiz Norton Baptista de Mattos (Juiz Federal), Márcio Barra Lima (Procurador da República), Maria Carmen Cavalcanti de Almeida (Promotora de Justiça), Mariana Romeiro de Albuquerque Mello (Advogada), Marília de Castro Neves Vieira (Procuradora de Justiça), Paula Maria de Castro Barbosa (Advogada e Pesquisadora), Ana Paula Correia Hollanda (Promotora de Justiça), Andrea Cruz Salles (Advogada), Caio Márcio G. Taranto (Juiz Federal), Carlos Roberto de Castro Jatahy (Procurador de Justiça), Heloisa Maria Daltro Leite (Procuradora de Justiça), José Antônio Fernandes Souto (Promotor

de Justiça), José Antônio Ocampo Bernárdez (Promotor de Justiça), Larissa Ellwanger Fleury Ryff (Promotora de Justiça), Marcelo Daltro Leite (Procurador de Justiça), Miriam Tayah Chor (Promotora de Justiça), Mônica dos Santos Ferreira (Advogada) e Vanice Lírio do Valle (Procuradora do Município).

7. A idéia inicial, voltada para a apresentação de sugestões e propostas para a melhoria do anteprojeto formulado em São Paulo, acabou evoluindo para uma reestruturação mais ampla do texto original, com o intuito de se oferecer uma proposta coerente, clara e comprometida com o fortalecimento dos processos coletivos, culminando com a elaboração de um novo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, que ora é trazido à lume e oferecido ao Instituto Brasileiro de Direito Processual, aos meios acadêmicos, aos estudiosos e operadores do Direito e à sociedade, como proposta para ser cotejada e discutida.
8. O Anteprojeto formulado no Rio de Janeiro encontra-se estruturado em cinco partes: I – Das ações coletivas em geral; II – Das ações coletivas para a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos; III – Da ação coletiva passiva; IV – Dos procedimentos especiais; V – Disposições finais.
9. Na primeira parte, o Capítulo I contém dois artigos introdutórios, que estatuem a admissibilidade de todas as espécies de ações para a consecução da tutela jurisdicional coletiva, bem como o seu objeto, mediante a tradicional divisão ternária dos interesses e direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, além de afastar a possibilidade de pedido de declaração de inconstitucionalidade, salvo como questão prejudicial, na via do controle difuso. O Capítulo II, que trata dos pressupostos processuais e das condições da ação coletiva, possui três Seções. Na primeira – Do órgão judiciário, encontram-se disciplinados a competência territorial, a prioridade de processamento para os processos coletivos, a especialização de juízos para o processamento e julgamento de processos coletivos e a conexão, ficando prevento o juízo perante o qual foi distribuída a primeira demanda coletiva, para os demais processos conexos, ainda quando diversos os sujeitos processuais. A segunda Seção regula a litispendência, deixando expressa a sua existência quando houver o mesmo pedido, causa de pedir e interessados, e a continência, dando a este último instituto um tratamento inovador e consentâneo com a sua natureza. A terceira Seção do Capítulo II dispõe sobre as condições específicas da ação coletiva, estabelecendo, como requisitos, a representatividade adequada e a relevância social da tutela coletiva, bem como o rol dos legitimados ativos, que, consentâneo com a perspectiva de ampliação do acesso à Justiça, do fortalecimento dos instrumentos coletivos de prestação jurisdicional e com as diretrizes do Código Modelo de Processos Coletivos, passa por um alargamento substancial, na qual figuram a pessoa natural, para a defesa dos direitos ou interesses difusos; o membro do grupo, categoria ou classe, para a proteção dos direitos ou interesses coletivos e individuais homogêneos; o Ministério Público, para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos de interesse social; a Defensoria Pública, quando os interessados forem predominantemente hipossuficiente; as pessoas jurídicas de direito público interno; as entidades e órgãos da Administração Pública; as entidades sindicais, para a defesa da categoria; os partidos políticos e as associações legalmente constituídas. O Capítulo III cuida da comunicação sobre processos repetitivos, do inquérito civil e do compromisso de ajustamento de conduta. O

Capítulo IV – Da postulação, estabelece regramento em termos de custas e honorários, da instrução da petição inicial, do pedido, dos efeitos da citação e da audiência preliminar, além de prever a possibilidade do juiz ouvir a parte contrária, com prazo de 72 (setenta e duas) horas, antes de conceder liminar ou tutela antecipada, quando entender conveniente e não houver prejuízo para a efetividade da medida. Em seguida, o Capítulo V prevê a denominada carga dinâmica da prova, com a incumbência do ônus da prova recaindo sobre a parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos ou maior facilidade em sua demonstração. O Capítulo VI, cuidando do julgamento, do recurso e da coisa julgada, inova ao unificar o sistema de coisa julgada para os direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ou seja, em todas as hipóteses haverá a coisa julgada *erga omnes*, salvo se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas. Por conseguinte, a sentença proferida, em processo coletivo, em torno dos direitos individuais homogêneos é fortalecida, pois será vinculativa também quando houver julgamento de improcedência do pedido fora das hipóteses de insuficiência de provas. O texto proposto estabelece, ainda, expressamente, que a competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*. O Capítulo VII trata das obrigações específicas de fazer, não fazer e de dar, bem como da reparação de danos provocados ao bem indivisivelmente considerado. No Capítulo VIII, são reguladas a liquidação e a execução em geral. Por fim, o Capítulo IX da Parte I cria o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, sob a incumbência do Conselho Nacional de Justiça, com a finalidade de permitir que todos os órgãos do Poder Judiciário e todos os interessados tenham conhecimento da existência das ações coletivas, e edita norma geral pertinente ao Fundo dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, que será administrado por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais.

10. A Parte II, destinada às ações coletivas para a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos, talvez seja a mais inovadora no Anteprojeto formulado no Rio de Janeiro. As modificações procuraram atentar para uma realidade de certo modo perversa que vem se mantendo ao longo dos últimos vinte anos: as ações coletivas não estavam obtendo pleno sucesso no sentido de serem, de fato, as grandes catalisadoras desses anseios e de serem realmente o instrumento efetivo e útil para a solução dos problemas individuais decorrentes de origem comum. Não lograram, assim, ser um modo capaz de resolver o conflito de muitos mediante um único processo coletivo. Por conseguinte, o Poder Judiciário continuou e continua a receber centenas, milhares e milhões de demandas individuais, que poderiam encontrar solução muito mais econômica mediante um processo coletivo, levando a um crescente esgotamento por parte dos órgãos judiciais, que se vêem envolvidos com um número enorme e comprometedor, em termos de qualidade e celeridade dos serviços prestados. Os exemplos são inúmeros: expurgos nas cadernetas de poupança e no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), reajuste de benefícios previdenciários, de vencimentos e de salários, questões tributárias nas esferas municipais, estaduais e federal etc. O motivo pode ser facilmente percebido: o sistema vigente banaliza os processos coletivos, ao permitir o surgimento e tramitação concomitantes destes com os processos individuais, que podem ser instaurados até mesmo quando já existe decisão coletiva

transitada em julgado, ensejando insegurança e certa perplexidade diante da possibilidade da lide estar sendo apreciada, ao mesmo tempo, no âmbito coletivo e individual. Propõe-se, assim, uma remodelagem no sistema, a partir do fortalecimento e da priorização do processo coletivo, sem que haja, contudo, prejuízo para o acesso individual. O ajuizamento ou prosseguimento de ação individual versando sobre direito ou interesse, que esteja sendo objeto de ação coletiva, pressupõe a exclusão tempestiva e regular do processo coletivo. Para tanto, se prevê a comunicação dos interessados, que poderá ser feita pelo correio, por oficial de justiça, por edital ou por inserção em outro meio de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário etc. O ajuizamento da ação coletiva ensejará a suspensão, por trinta dias, dos processos individuais que versem sobre direito ou interesse que esteja sendo objeto no processo coletivo. Dentro do prazo de suspensão, os autores individuais poderão requerer a continuação do respectivo processo individual, sob pena de extinção sem o julgamento do mérito. Os interessados que, quando da comunicação, não possuírem ação individual ajuizada e não desejarem ser alcançados pelos efeitos das decisões proferidas na ação coletiva poderão optar entre o requerimento de exclusão ou o ajuizamento de ação individual no prazo assinalado, hipótese que equivalerá à manifestação expressa de exclusão. Como requisito específico para a ação coletiva para a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos, estabelece o Anteprojeto a necessidade de aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e a utilidade da tutela coletiva no caso concreto. O Anteprojeto procura afastar, ainda, os riscos de indeferimento indevido ou de retardamento do andamento do processo em razão da falta inicial de determinação dos interessados, que poderá ocorrer no momento da liquidação ou execução do julgado. Os artigos 30 a 40 regulam detalhadamente os processos coletivos para a defesa dos direitos e interesses individuais homogêneos, com regras pertinentes à citação e notificações, à relação entre ação coletiva e ações individuais, à possibilidade de intervenção dos interessados mediante a assistência e aos efeitos da transação. Em relação à sentença condenatória, o Anteprojeto estabelece que, sempre que for possível, o juiz fixará na sentença do processo coletivo o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo, categoria ou classe, procurando, assim, dar maior efetividade e celeridade para a satisfação plena, procurando romper com a sistemática da condenação genérica no processo coletivo e as subseqüentes liquidações e execuções individuais, que acabam sendo complexas e demoradas, não sendo sequer realizadas por uma boa parte dos interessados em potencial, devendo, assim, ser deixada para um segundo plano, ou seja, apenas quando for impossível a prolação de sentença líquida. Em termos de competência para a liquidação e execução, o texto proposto estabelece prioridade também para as liquidações e execuções coletivas, que serão processadas perante o juízo da sentença condenatória. Mas, quando houver liquidações ou execuções individuais, o foro competente será o do domicílio do demandante individual ou do demandado, pois a concentração de milhares ou milhões de liquidações e/ou execuções individuais no juízo da ação coletiva condenatória propiciaria a inviabilização do órgão judicial especializado ou prevento para as demandas coletivas. O Anteprojeto deixa claro, também, que, quando a execução for coletiva, os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados em instituição bancária oficial,

abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário. Previu, ainda, regras subsidiárias pertinentes às liquidações e execuções individuais e ao concurso de créditos entre condenações pelos prejuízos coletiva e individualmente considerados.

11. A Parte III foi destinada à ação coletiva passiva, que passaria a ser mencionada expressamente na nova legislação. A redação prevista no Anteprojeto inicialmente formulado na USP estabelecia expressamente, em termos de direitos e interesses individuais homogêneos, que "a coisa julgada atuará *erga omnes* no plano coletivo, mas a sentença de procedência não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias ou defender-se no processo de execução para afastar a eficácia da decisão na sua esfera jurídica individual". Da simples leitura, pode-se constatar a inocuidade da norma, impondo-se indagar: quem iria propor uma demanda coletiva passiva, sabendo, de antemão, que o melhor resultado possível, ou seja, o julgamento de procedência do pedido, praticamente nenhum valor teria, pois a ninguém vincularia? Portanto, o demandante estaria fadado a perder ou a não ganhar nada, podendo-se antever, desde já, que a nova regulação estaria por soterrar a malfadada ação coletiva passiva, tal qual nos moldes propostos. O texto proposto no Anteprojeto ora apresentado corrige o problema, estabelecendo simplesmente a vinculação dos membros do grupo, categoria ou classe.
12. A Parte IV, destinada aos procedimentos especiais em termos de tutela coletiva, encontra-se subdividida em quatro capítulos: Do mandado de segurança coletivo; Do mandado de injunção coletivo; Da ação popular; e Da ação de improbidade administrativa. Cogita-se, ainda, da elaboração de um quinto capítulo, para a regulação dos dissídios coletivos. Procurou-se respeitar, nessa parte, as normas vigentes, salvo em relação ao mandado de injunção coletivo, diante da lacuna legal existente. Registre-se, na espécie, que a redação originária do anteprojeto formulado em São Paulo, corretamente, procurava dispor o instituto nos moldes pugnados pela doutrina, para dar à sentença concessiva do mandado a formulação, com base na equidade, de norma regulamentadora para o caso concreto. A nova redação, agora apresentada, mantém a orientação, sem descuidar, no entanto, do aspecto pertinente ao controle e regularização da omissão existente, estabelecendo, para tanto, o litisconsórcio obrigatório entre a autoridade ou órgão público competente para a edição da norma regulamentadora e a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que impossibilite o exercício do direito no caso concreto, e, na sentença, a comunicação da caracterização da mora legislativa constitucionalmente qualificada ao Poder competente, para que possa ser suprida, conciliando, assim, a consagrada jurisprudência conferida pelo Supremo Tribunal Federal com a pretendida efetividade do mandado de injunção coletivo para a regulação do caso concreto.
13. Por último, a Parte V, que cuida das disposições finais, dispõe sobre os princípios de interpretação, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil às ações coletivas, a instalação de órgãos especializados para o processamento e julgamento de demandas coletivas, no âmbito da União e dos Estados, e a vigência do Código Brasileiro de Processos Coletivos, dentro de um ano a contar da publicação da lei. O Anteprojeto procura, ainda, corrigir e adaptar algumas normas vigentes em outros estatutos legais, bem como revogar expressamente os dispositivos incompatíveis com o novo texto.

14. Na esperança que o presente Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos possa representar uma efetiva contribuição para o aprimoramento do acesso à Justiça, para a melhoria na prestação jurisdicional e para a efetividade do processo, leva-se à lume a proposta formulada, submetendo-a aos estudiosos do assunto, aos profissionais do Direito e a toda a sociedade, para que possa ser amplamente analisada e debatida.

Rio de Janeiro, agosto de 2005.

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes
Professor Doutor de Direito Processual Civil na UERJ e UNESA
Juiz Federal
Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual,
do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual
e da Associação Internacional de Direito Processual.

ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS

PARTE I – DAS AÇÕES COLETIVAS EM GERAL

Capítulo I – Da tutela coletiva

Art. 1º. Da tutela jurisdicional coletiva Para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos são admissíveis, além das previstas neste Código, todas as espécies de ações e provimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Art. 2º. Objeto da tutela coletiva A ação coletiva será exercida para a tutela de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os direitos subjetivos decorrentes de origem comum.

Parágrafo único – Não se admitirá ação coletiva que tenha como pedido a declaração de inconstitucionalidade, mas esta poderá ser objeto de questão prejudicial, pela via do controle difuso.

Capítulo II – Dos pressupostos processuais e das condições da ação

Seção I – Do órgão judiciário

Art. 3˚. Competência territorial É competente para a causa o foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano.

§1˚. Em caso de abrangência de mais de um foro, determinar-se-á a competência pela prevenção, aplicando-se as regras pertinentes de organização judiciária.

§ 2˚. Em caso de dano de âmbito nacional, serão competentes os foros das capitais dos estados e do distrito federal.

Redação aprovada na UNESA: Art. 3˚. Competência territorial É competente para a causa o foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano.

Parágrafo único. Em caso de abrangência de mais de um foro, determinar-se-á a competência pela prevenção, aplicando-se as regras pertinentes de organização judiciária.

Art. 4˚. Prioridade de processamento O juiz dará prioridade ao processamento da ação coletiva.

Art. 5˚. Juízos especializados As ações coletivas serão processadas e julgadas em juízos especializados, quando existentes.

Art. 6˚. Conexão Se houver conexão entre causas coletivas, de qualquer espécie, ficará prevento o juízo perante o qual a demanda foi distribuída em primeiro lugar, devendo o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a reunião de todos os processos, mesmo que nestes não atuem integralmente os mesmos sujeitos processuais.

SEÇÃO II – DA LITISPENDÊNCIA E DA CONTINÊNCIA

Art. 7˚. Litispendência e continência A primeira ação coletiva induz litispendência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados.

§ 1˚. Estando o objeto da ação posteriormente proposta contido no da primeira, será extinto o processo ulterior sem o julgamento do mérito.

§ 2˚. Sendo o objeto da ação posteriormente proposta mais abrangente, o processo ulterior prosseguirá tão somente para a apreciação do pedido não contido na primeira demanda, devendo haver a reunião dos processos perante o juiz prevento em caso de conexão.

§ 3°. Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas neste artigo, as partes poderão requerer a extração ou remessa de peças processuais, com o objetivo de instruir o primeiro processo instaurado.

SEÇÃO III – DAS CONDIÇÕES ESPECÍFICAS DA AÇÃO COLETIVA E DA LEGITIMAÇÃO ATIVA

Art. 8°. Requisitos específicos da ação coletiva São requisitos específicos da ação coletiva, a serem aferidos em decisão especificamente motivada pelo juiz:

I – a adequada representatividade do legitimado;

II – a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas.

§ 1°. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá examinar dados como:

a) a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado;
b) seu histórico de proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;
c) sua conduta em outros processos coletivos;
d) a coincidência entre os interesses do legitimado e o objeto da demanda;
e) o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

§ 2°. O juiz analisará a existência do requisito da representatividade adequada a qualquer tempo e em qualquer grau do procedimento, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo 3°. do artigo seguinte.

Art. 9°. Legitimação ativa São legitimados concorrentemente à ação coletiva:

I – qualquer pessoa física, para a defesa dos direitos ou interesses difusos;

II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos direitos ou interesses coletivos e individuais homogêneos;

III – o Ministério Público, para a defesa dos direitos ou interesses difusos e coletivos, bem como dos individuais homogêneos de interesse social;

IV – a Defensoria Pública, para a defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, quando os interessados forem, predominantemente, hipossuficientes;

V – as pessoas jurídicas de direito público interno, para a defesa dos direitos ou interesses difusos e coletivos relacionados às suas funções;

VI – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos direitos ou interesses protegidos por este código;

VII – as entidades sindicais, para a defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados à categoria;

VIII – os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais;

IX – as associações legalmente constituídas e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos direitos ou interesses protegidos neste código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1˚. Será admitido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados.

§ 2˚. Em caso de interesse social, o Ministério Público, se não ajuizar a ação ou não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 3˚. Em caso de inexistência inicial ou superveniente do requisito da representatividade adequada, de desistência infundada ou abandono da ação, o juiz notificará o Ministério Público, observado o disposto no inciso III, e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso, a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação. Havendo inércia do Ministério Público, aplica-se o disposto no parágrafo único do artigo 10 deste código.

Capítulo III – Da comunicação sobre processos repetitivos, do inquérito civil e do compromisso de ajustamento de conduta

Art. 10 Comunicação sobre processos repetitivos O juiz, tendo conhecimento da existência de diversos processos individuais correndo contra o mesmo demandado, com idêntico fundamento, comunicará o fato ao Ministério Público e, na medida do possível, a outros legitimados (art. 9˚), a fim de que proponham, querendo, ação coletiva.

Parágrafo único – Caso o Ministério Público não promova a ação coletiva, no prazo de 90 (noventa) dias, fará a remessa do expediente recebido ao órgão com atribuição para a homologação ou rejeição da promoção de arquivamento do inquérito civil, para que, do mesmo modo, delibere em relação à propositura ou não da ação coletiva.

Art.11 Inquérito civil. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, nos termos do disposto em sua Lei Orgânica.

§ 1˚. Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação, promoverá

o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

§ 2°. Os autos do inquérito civil ou das peças informativas arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 10 (dez) dias, ao órgão com atribuição para homologação, na forma da Lei Orgânica.

§ 3°. Até que, em sessão do órgão com atribuição para homologação, seja homologada ou rejeitada a promoção, poderão os interessados apresentar razões escritas e documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação.

§ 4°. Deixando o órgão com atribuição de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro membro do Ministério Público para o ajuizamento da ação.

Art. 12 Compromisso de ajustamento de conduta O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade de homologação judicial do compromisso, se assim requererem as partes.

Parágrafo único – Quando o compromisso de ajustamento for tomado por legitimado que não seja o Ministério Público, este deverá ser cientificado para que funcione como fiscal.

Capítulo IV – Da postulação

Art. 13 Custas e honorários Os autores da ação coletiva não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

§ 1°. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença condenará o demandado, se vencido, nas custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como em honorários de advogados.

§ 2°. No cálculo dos honorários, o juiz levará em consideração a vantagem para o grupo, categoria ou classe, a quantidade e qualidade do trabalho desenvolvido pelo advogado e a complexidade da causa.

§ 3°. Se o legitimado for pessoa física, sindicato ou associação, o juiz poderá fixar gratificação financeira quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da ação coletiva.

§ 4° O litigante de má-fé e os responsáveis pelos respectivos atos serão solidariamente condenados ao pagamento das despesas processuais, em honorários advocatícios e até o décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

Art. 14 Da instrução da inicial Para instruir a inicial, o legitimado, sem prejuízo das prerrogativas do Ministério Público, poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias.

§ 1˚. As certidões e informações deverão ser fornecidas dentro de 15 (quinze) dias da entrega, sob recibo, dos respectivos requerimentos, e só poderão ser utilizadas para a instrução da ação coletiva.

§ 2˚. Somente nos casos em que o sigilo for exigido para a defesa da intimidade ou do interesse social poderá ser negada a certidão ou informação.

§ 3˚. Ocorrendo a hipótese do parágrafo anterior, a ação poderá ser proposta desacompanhada das certidões ou informações negadas, cabendo ao juiz, após apreciar os motivos do indeferimento, requisitá-las; feita a requisição, o processo correrá em segredo de justiça.

Art. 15 Pedido O juiz permitirá, até a decisão saneadora, a ampliação ou adaptação do objeto do processo, desde que, realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado à parte contrária, à celeridade e ao bom andamento do processo e o contraditório seja preservado.

Art 16 Contraditório para as medidas antecipatórias Para a concessão de liminar ou de tutela antecipada nas ações coletivas, o juiz poderá ouvir, se entender conveniente e não houver prejuízo para a efetividade da medida, a parte contrária, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

Art. 17 Efeitos da citação A citação válida para a ação coletiva interrompe o prazo de prescrição das pretensões individuais e transindividuais relacionadas com a controvérsia, retroagindo o efeito à data da propositura da demanda.

Art. 18 Audiência preliminar Encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§ 1˚. O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de sugerir outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro.

§ 2˚. A avaliação neutra de terceiro, de confiança das partes, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para esse, e não vinculante para as partes, sendo sua finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

§ 3˚. Preservada a indisponibilidade do bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.

§ 4˚. Obtida a transação, será homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial.

§ 5˚. Não obtida a conciliação, sendo ela parcial, ou quando, por qualquer motivo, não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

I – decidirá se a ação tem condições de prosseguir na forma coletiva, certificando-a como coletiva;

II – poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela, respectivamente, dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo;

III – fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se for o caso;

IV – esclarecerá os encargos das partes quanto à distribuição do ônus da prova, de acordo com o disposto no parágrafo 1˚. do artigo seguinte.

CAPÍTULO V – DA PROVA

Art. 19 Provas São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

§ 1˚. O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração, cabendo ao juiz deliberar sobre a distribuição do ônus da prova por ocasião da decisão saneadora.

§ 2˚. Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.

§ 3˚. O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

CAPÍTULO VI – DO JULGAMENTO, DO RECURSO E DA COISA JULGADA

Art. 20 Motivação das decisões judiciárias Todas as decisões deverão ser especificamente fundamentadas, especialmente quanto aos conceitos jurídicos indeterminados.

Parágrafo único Na sentença de improcedência, o juiz deverá explicitar, no dispositivo, se rejeita a demanda por insuficiência de provas.

Art. 21 Efeitos do recurso da sentença O recurso interposto contra a sentença tem efeito meramente devolutivo, salvo quando a fundamentação for relevante e puder

resultar à parte lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz pode atribuir ao recurso efeito suspensivo.

Art. 22 Coisa julgada Nas ações coletivas a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, salvo quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas.

§ 1°. Os efeitos da coisa julgada para a defesa de interesses difusos e coletivos em sentido estrito ficam adstritos ao plano coletivo, não prejudicando interesses e direitos individuais homogêneos reflexos.

§ 2°. Os efeitos da coisa julgada em relação aos interesses ou direitos difusos e coletivos não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas coletiva ou individualmente, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos do art.37 e seguintes.

§ 3°. Na hipótese dos interesses ou direitos individuais homogêneos, apenas não estarão vinculados ao pronunciamento coletivo os titulares de interesses ou direitos que tiverem exercido tempestiva e regularmente o direito de ação ou exclusão.

§ 4°. A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*.

CAPÍTULO VII – DAS OBRIGAÇÕES ESPECÍFICAS

Art. 23 Obrigações de fazer e não fazer Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1°. O juiz poderá, na hipótese de antecipação de tutela ou na sentença, impor multa diária ao demandado, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 2°. O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

§ 3°. Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além da requisição de força policial.

§4°. A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 5°. A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa.

Art. 24 Obrigações de dar Na ação que tenha por objeto a obrigação de entregar coisa, determinada ou indeterminada, aplicam-se, no que couber, as disposições do artigo anterior.

Art. 25 Ação indenizatória Na ação condenatória à reparação dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, a indenização reverterá ao Fundo dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, de natureza federal ou estadual, de acordo com o bem ou interesse afetado.

§ 1˚. Dependendo da especificidade do bem jurídico afetado, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias consideradas relevantes, o juiz poderá especificar, em decisão fundamentada, a destinação da indenização e as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado.

§ 2˚. A decisão que especificar a destinação da indenização indicará, de modo claro e preciso, as medidas a serem tomadas pelo Conselho Gestor do Fundo, bem como um prazo razoável para que tais medidas sejam concretizadas.

§ 3˚. Vencido o prazo fixado pelo juiz, o Conselho Gestor do Fundo apresentará relatório das atividades realizadas, facultada, conforme o caso, a solicitação de sua prorrogação, para completar as medidas determinadas na decisão judicial.

§ 4˚. Aplica-se ao descumprimento injustificado dos parágrafos 2˚. e 3˚. o disposto no parágrafo 2˚. do artigo 29.

CAPÍTULO VIII – DA LIQUIDAÇÃO E DA EXECUÇÃO

Art. 26 Legitimação à liquidação e execução da sentença condenatória Decorridos 60 (sessenta) dias da passagem em julgado da sentença de procedência, sem que o autor da ação coletiva promova a liquidação ou execução coletiva, deverá fazê-lo o Ministério Público, quando se tratar de interesse público, facultada igual iniciativa, em todos os casos, aos demais legitimados.

Art. 27 Execução definitiva e execução provisória A execução é definitiva quando passada em julgado a sentença; e provisória, na pendência dos recursos cabíveis.

§ 1˚. A execução provisória corre por conta e risco do exeqüente, que responde pelos prejuízos causados ao executado, em caso de reforma da sentença recorrida.

§ 2˚. A execução provisória não impede a prática de atos que importem em alienação do domínio ou levantamento do depósito em dinheiro.

§ 3˚. A pedido do executado, o juiz pode suspender a execução provisória quando dela puder resultar lesão grave e de difícil reparação.

Capítulo IX – Do cadastro nacional de processos coletivos e do Fundo de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos

Art. 28 Cadastro nacional de processos coletivos O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o cadastro nacional de processos coletivos, com a finalidade de permitir que todos os órgãos do Poder Judiciário e todos os interessados tenham conhecimento da existência das ações coletivas, facilitando a sua publicidade e o exercício do direito de exclusão.

§ 1°. Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídas ações coletivas remeterão, no prazo de dez dias, cópia da petição inicial ao cadastro nacional de processos coletivos.

§ 2°. O Conselho Nacional de Justiça editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do cadastro nacional de processos coletivos, em especial a forma de comunicação pelos juízos quanto à existência das ações coletivas e aos atos processuais mais relevantes, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença e o trânsito em julgado; disciplinará, ainda, sobre os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e o acompanhamento daquelas por qualquer interessado.

Art. 29 Fundo dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos O fundo será administrado por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais, de que participarão necessariamente membros do Ministério Público, juízes e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados ou, não sendo possível, à realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado.

§ 1°. Além da indenização oriunda de sentença condenatória, nos termos do disposto no caput do art. 25, constituem também receitas do Fundo o produto da arrecadação de multas judiciais e da indenização devida quando não for possível o cumprimento da obrigação pactuada em termo de ajustamento de conduta.

§ 2°. O representante legal do Fundo, considerado servidor público para efeitos legais, responderá por sua atuação nas esferas administrativa, penal e civil.

§ 3°. O Fundo será notificado da propositura de toda ação coletiva e da decisão final do processo.

§ 4°. O Fundo manterá e divulgará registros que especifiquem a origem e a destinação dos recursos e indicará a variedade dos bens jurídicos a serem tutelados e seu âmbito regional.

§ 5°. Semestralmente, o Fundo dará publicidade às suas demonstrações financeiras e atividades desenvolvidas.

PARTE II – DAS AÇÕES COLETIVAS PARA A DEFESA DOS DIREITOS OU INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Art. 30 Da ação coletiva para a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos Para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, além dos requisitos indicados no art.8°. deste Código, é necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto.

Art. 31 Determinação dos interessados A determinação dos interessados poderá ocorrer no momento da liquidação ou execução do julgado, não havendo necessidade de a petição inicial estar acompanhada da relação dos membros do grupo, classe ou categoria. Conforme o caso, poderá o juiz determinar, ao réu ou a terceiro, a apresentação da relação e dados de pessoas que se enquadram no grupo, categoria ou classe.

Art. 32 Citação e notificações Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu, a publicação de edital no órgão oficial e a comunicação dos interessados, titulares dos direitos ou interesses individuais homogêneos objeto da ação coletiva, para que possam exercer no prazo fixado seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social.

§ 1°. Não sendo fixado pelo juiz o prazo acima mencionado, o direito de exclusão poderá ser exercido até a publicação da sentença no processo coletivo.

§ 2°. A comunicação prevista no *caput* poderá ser feita pelo correio, por oficial de justiça, por edital ou por inserção em outro meio de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário e outros, sem obrigatoriedade de identificação nominal dos destinatários, que poderão ser caracterizados enquanto titulares dos mencionados interesses, fazendo-se referência à ação e às partes, bem como ao pedido e à causa de pedir, observado o critério da modicidade do custo.

Art. 33 Relação entre ação coletiva e ações individuais O ajuizamento ou prosseguimento da ação individual versando sobre direito ou interesse que esteja sendo objeto de ação coletiva pressupõe a exclusão tempestiva e regular desta.

§ 1°. O ajuizamento da ação coletiva ensejará a suspensão, por trinta dias, a contar da ciência efetiva desta, dos processos individuais em tramitação que versem sobre direito ou interesse que esteja sendo objeto no processo coletivo.

§ 2°. Dentro do prazo previsto no parágrafo anterior, os autores das ações individuais poderão requerer, nos autos do processo individual, sob pena de extinção sem julgamento do mérito, que os efeitos das decisões proferidas na ação coletiva não lhes sejam aplicáveis, optando, assim, pelo prosseguimento do processo individual.

§ 3°. Os interessados que, quando da comunicação, não possuírem ação individual ajuizada e não desejarem ser alcançados pelos efeitos das decisões proferidas na ação coletiva poderão optar entre o requerimento de exclusão ou o ajuizamento da ação individual no prazo assinalado, hipótese que equivalerá à manifestação expressa de exclusão.

§ 4°. Não tendo o juiz deliberado acerca da forma de exclusão, esta ocorrerá mediante simples manifestação dirigida ao juiz do respectivo processo coletivo ou ao órgão incumbido de realizar a nível nacional o registro das ações coletivas, que poderão se utilizar eventualmente de sistema integrado de protocolo.

§ 5°. O requerimento de exclusão, devida e tempestivamente protocolizado, consistirá em documento indispensável para a propositura de ulterior demanda individual.

Art. 34 Assistência Os titulares dos direitos ou interesses individuais homogêneos poderão intervir no processo como assistentes, sendo-lhes vedado discutir suas pretensões individuais no processo coletivo de conhecimento.

Art. 35 Efeitos da transação As partes poderão transacionar, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de se desvincularem da transação, dentro do prazo fixado pelo juiz.

Parágrafo único – Os titulares dos direitos ou interesses individuais homogêneos serão comunicados, nos termos do art. 32, para que possam exercer o seu direito de exclusão, em prazo não inferior a 60 (sessenta) dias.

Art. 36 Sentença condenatória Sempre que possível, em caso de procedência do pedido, o juiz fixará na sentença do processo coletivo o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo, categoria ou classe.

§ 1°. Quando o valor dos danos sofridos pelos membros do grupo, categoria ou classe for uniforme, prevalentemente uniforme ou puder ser reduzido a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará o valor ou a fórmula do cálculo da indenização individual.

§ 2°. Não sendo possível a prolação de sentença coletiva líquida, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.

Art. 37 Competência para a liquidação e a execução É competente para a liquidação e a execução o juízo:

I – da ação condenatória, quando coletiva a liquidação ou a execução;

II – do domicílio do demandado ou do demandante individual, no caso de liquidação ou execução individual.

Art. 38 Liquidação e execução coletivas Sempre que possível, a liquidação e a execução serão coletivas, sendo promovidas pelos legitimados à ação coletiva.

Art. 39 Pagamento Quando a execução for coletiva, os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário; os respectivos saques, sem expedição de alvará, reger-se-ão pelas normas aplicáveis

aos depósitos bancários e estarão sujeitos à retenção de imposto de renda na fonte, nos termos da lei.

Art. 40 Liquidação e execução individuais Quando não for possível a liquidação coletiva, a fixação dos danos e respectiva execução poderão ser promovidas individualmente.

§ 1°. Na liquidação de sentença, caberá ao liquidante provar, tão só, o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.

§ 2°. Decorrido o prazo de um ano sem que tenha sido promovido um número de liquidações individuais compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados coletivos promover a liquidação e a execução coletiva da indenização devida pelos danos causados, hipótese em que:

I – O prazo previsto neste parágrafo prevalece sobre os prazos prescricionais aplicáveis à execução da sentença;

II – O valor da indenização será fixado de acordo com o dano globalmente causado, que será demonstrado por todas as provas admitidas em direito. Sendo a produção de provas difícil ou impossível, em razão da extensão do dano ou de sua complexidade, o valor da indenização será fixado por arbitramento;

III – Quando não for possível a identificação dos interessados, o produto da indenização reverterá para o Fundo dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos.

Art. 41 Concurso de créditos Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação de que trata o artigo 25 e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estes terão preferência no pagamento.

Parágrafo único – Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância recolhida ao Fundo ficará sustada enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas.

PARTE III – DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA

Art. 42 Ação contra o grupo, categoria ou classe Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 1°. do artigo 8°, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (art. 2°.) e se revista de interesse social.

Art. 43 Coisa julgada passiva A coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe.

Art. 44 Aplicação complementar à ação coletiva passiva Aplica-se complementarmente à ação coletiva passiva o disposto neste código quanto à ação coletiva ativa, no que não for incompatível.

PARTE IV – PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

Capítulo I – Do mandado de segurança coletivo

Art. 45 Cabimento Conceder-se-á mandado de segurança coletivo, nos termos dos incisos LXIX e LXX do artigo 5°. da Constituição Federal, para proteger direito líquido e certo relativo a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos (art. 2°.).

Art. 46 Disposições aplicáveis Aplica-se ao mandado de segurança coletivo o disposto neste código, inclusive no tocante às custas e honorários (art. 16), e na lei 1533/51, no que não for incompatível.

CAPÍTULO II – DO MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO

Art. 47 Cabimento Conceder-se-á mandado de injunção coletivo sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, à cidadania, relativamente a direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Art. 48 Competência É competente para processar e julgar o mandado de injunção coletivo:

I – o Supremo Tribunal Federal, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Mesa de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo Único – Compete também ao Supremo Tribunal Federal julgar, em recurso ordinário, o mandado de injunção decidido em única ou última instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.

II – o Superior Tribunal de Justiça, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.

III – O Tribunal de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de Governador, Assembléia Legislativa, Tribunal de Contas local, do próprio Tribunal de Justiça, de órgão, entidade ou autoridades estadual ou distrital, da administração direta ou indireta.

Art. 49 Legitimação passiva O mandado de injunção coletivo será impetrado, em litisconsórcio obrigatório, em face da autoridade ou órgão público competente para a edição da norma regulamentadora; e ainda da pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que, por inexistência de norma regulamentadora, impossibilite o exercício dos direitos e liberdades constitucionais relativos a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Art. 50 Edição superveniente da norma regulamentadora Se a norma regulamentadora for editada no curso do mandado de injunção coletivo, o órgão jurisdicional apurará acerca da existência ainda de matéria não regulada, referente a efeitos pretéritos do dispositivo constitucional tardiamente regulado, prosseguindo, se for a hipótese, para julgamento da parte remanescente.

§ 1° Dispondo a norma regulamentadora editada no curso do mandado de injunção coletivo inclusive quanto ao período em que se verificara a omissão legislativa constitucionalmente relevante, o processo será extinto sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI do Código de Processo Civil, ficando o autor coletivo dispensando do pagamento de custas, despesas e honorários advocatícios.

§ 2° A norma regulamentadora, editada após o ajuizamento do mandado de injunção coletivo, respeitará os efeitos de eventual decisão judicial provisória ou definitiva proferida, mas será aplicada às projeções futuras da relação jurídica objeto de apreciação jurisdicional.

Art. 51 Sentença A sentença que conceder o mandado de injunção coletivo:

I – comunicará a caracterização da mora legislativa constitucionalmente qualificada ao Poder competente, para a adoção, no prazo que fixar, das providências necessárias;

II – formulará, com base na equidade, a norma regulamentadora e, no mesmo julgamento, a aplicará ao caso concreto, determinando as obrigações a serem cumpridas pelo legitimado passivo para o efetivo exercício das liberdades e prerrogativas constitucionais dos integrantes do grupo, categoria ou classe.

§ 1° A parcela do dispositivo que se revista do conteúdo previsto no inciso II se prolata sob condição suspensiva, a saber, transcurso *in albis* do prazo assinalado a teor do inciso I, para superação da omissão legislativa constitucionalmente relevante reconhecida como havida.

§ 2° Na sentença, o juiz poderá fixar multa diária para o réu que incida, eventualmente, em descumprimento da norma regulamentadora aplicada ao caso concreto, independentemente do pedido do autor.

Art. 52 Disposições aplicáveis Aplica-se ao mandado de injunção coletivo o disposto neste código, inclusive no tocante às custas e honorários (art. 16), quando compatível.

CAPÍTULO III – DA AÇÃO POPULAR

Art. 53 Disposições aplicáveis Aplica-se à ação popular o disposto na lei 4717/65, bem como o previsto neste código, no que for compatível.

CAPÍTULO IV – DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Art. 54 Disposições aplicáveis Aplica-se à ação de improbidade administrativa o disposto na lei 8429/92, bem como o previsto neste código, no que for compatível.

PARTE V – DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 55 Princípios de interpretação Este código será interpretado de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos interesses e direitos de que trata.

Art. 56 Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil Aplicam-se subsidiariamente às ações coletivas, no que não forem incompatíveis, as disposições do Código de Processo Civil.

Art. 57 Nova redação Dê-se nova redação aos artigos de leis abaixo indicados:

o inciso VIII do artigo 6°. da lei 8078/90 passa a ter a seguinte redação:

art. 6°. inciso VIII – a facilitação da defesa dos seus direitos, incumbindo o ônus da prova à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

o artigo 80 da lei 10741/2003 passa a ter a seguinte redação:
art. 80 – as ações individuais movidas pelo idoso poderão ser propostas no foro do seu domicílio.

Art. 58 Revogação Revogam-se a Lei 7347, de 24 de julho de 1985; os artigos 81 a 104 da Lei 8078/90, de 11 de setembro de 1990; o parágrafo 3° do artigo 5° da Lei 4717, de 29 de junho de 1965; os artigos 3°, 4°, 5°, 6° e 7° da Lei 7853, de 24 de outubro de 1989; o artigo 3° da Lei 7913, de 7 de dezembro de 1989; os artigos 210, 211, 212, 213, 215, 217, 218, 219, 222, 223 e 224 da Lei 8069, de 13 de junho de 1990; o artigo

2°A da Lei 9494, de 10 de setembro de 1997; e os artigos 81, 82, 83, 85, 91, 92 e 93 da Lei 10741, de 1° de outubro de 2003.

Art. 59 Instalação dos órgãos especializados A União, no prazo de um ano, a contar da publicação deste código, e os Estados criarão e instalarão órgãos especializados, em primeira e segunda instância, para o processamento e julgamento de ações coletivas.

Art. 60 Vigência Este código entrará em vigor dentro de um ano a contar de sua publicação.

ANEXO IV

ANTEPROJETO DA NOVA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA[575]

Disciplina a ação civil pública e as demais ações coletivas para a tutela de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I — DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, as ações civis públicas e as demais ações coletivas destinadas à proteção:

I – do meio ambiente, saúde, educação, previdência e assistência social, trabalho, desporto, segurança pública, transportes coletivos, assistência jurídica integral e **serviços públicos**;

II – do consumidor, idoso, infância e juventude, portadores de necessidades especiais;

III – da ordem social, econômica, urbanística, financeira e tributária, da economia popular, da livre concorrência, do patrimônio público, incluído o erário;

IV – dos bens e direitos de valor artístico, cultural, estético, histórico, turístico e paisagístico; e

V –outros direitos e interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Art. 2º. A tutela coletiva abrange os interesses ou direitos:

I - difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato;

II - coletivos em sentido estrito, assim entendidos os transindividuais, de natureza

---

[575] Texto recebido da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3.ª Região (Emag) em 17 de novembro de 2008, por ocasião do workshop “Sistema único coletivo”, cujo objetivo era discutir com os participantes um projeto de lei que o Ministério da Justiça pretende implementar a fim de alterar a atual Lei da Ação Civil Pública.

indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - individuais homogêneos, assim entendidos aqueles decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tutela conjunta a ser aferida por critérios como facilitação do acesso à Justiça, economia processual, preservação da isonomia processual, segurança jurídica e dificuldade na formação do litisconsórcio.

§1º. A tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos presume-se de relevância social, política, economica ou jurídica.

§2º.A análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderá ser argüida incidentalmente, como questão prejudicial, pela via do controle difuso.

Art. 3º. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por esta lei são admissíveis todas as espécies de ações e provimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Art. 4º. A ação coletiva seguirá o rito ordinário estabelecido no código de processo civil, obedecidas as modificações previstas nesta lei. Quando a tramitação processual prevista não se adequar às especificidades da causa ou das partes, o juiz poderá determinar a prática de atos que melhor se ajustem ao fim e às necessidades do processo coletivo, procedendo às necessárias adaptações.

CAPÍTULO II – DOS PRINCÍPIOS DO PROCESSO CIVIL COLETIVO

Art. 5º. O processo civil coletivo rege-se pelos seguintes princípios:

I – amplo acesso à justiça e participação social;

II – economia judicial e processual;

III – preservação da isonomia material;

IV – prioridade no processamento e duração razoável do processo;

V – máxima instrumentalidade, amplitude e utilidade da tutela jurisdicional coletiva;

VI – flexibilização e adequação da técnica processual;

VII –ativismo judicial;

VIII – motivação específica de todas as decisões judiciais, notadamente quanto

aos conceitos jurídicos indeterminados;

IX – boa fé e responsabilidade das partes, procuradores e demais sujeitos que atuam no processo coletivo;

X – cooperação dos órgãos públicos na produção da prova;

XI – não taxatividade do objeto e dos meios de tutela dos direitos e interesses coletivos;

XII – publicidade e divulgação ampla das ações coletivas e dos seus principais atos processuais;

XIII – efetiva precaução, prevenção e reparação integral dos danos materiais e morais, individuais e coletivos, bem como a punição pelo enriquecimento ilícito;

XIV – preferência da execução coletiva;

XV – aplicabilidade residual, limitada e condicionada do Código de Processo Civil;

XVI – interpretação aberta e flexível dos princípios e regras desta lei e do sistema único coletivo;

CAPÍTULO III — DA COMPETÊNCIA, DA CONEXÃO E DA LITISPENDÊNCIA

Art. 6º. É competente para a causa o foro, sem prejuízo da regra da prevenção:

I – do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano ou o ato ilícito, quando de âmbito local;

II – de qualquer das comarcas ou subseção judiciária, quando o dano ou ato ilícito for de âmbito interestadual ou regional, assim entendido o que abrange até 5 (cinco) daquelas ou uma desta;

III – de uma das Capitais dos Estados afetados, quando o dano ou ato ilícito for de âmbito interestadual ou regional, assim entendido o que abrange 6 (seis) ou mais

comarcas, 2 (duas) ou mais subsecções judiciárias.

IV – de uma das Capitais dos Estados ou do Distrito Federal, quando o dano ou ato ilícito for de âmbito nacional, assim entendido o que excede as regras precedentes.

§ 1º. A extensão do dano será aferida conforme indicado na inicial.

§ 2º No caso de danos de âmbito nacional, interestadual e regional, o juiz competente poderá deprecar a realização da audiência preliminar e da instrução ao juízo mais próximo dos fatos.

Art. 7º . A distribuição de uma ação coletiva induzirá litispendência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados e prevenirá a competência do juízo para todas as demais ações coletivas posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto, ainda que diferentes os legitimados coletivos, quando houver:

I – conexão, pela identidade de pedido ou causa de pedir ou da defesa, conquanto diferentes os legitimados;

II – conexão probatória;

III – continência, pela identidade de interessados e causa de pedir, quando o pedido de uma das ações for mais abrangente do que o das demais.

§ 1º. Na análise da identidade da causa de pedir e do objeto, será preponderantemente considerado o bem jurídico a ser protegido.

§ 2º. Na hipótese de conexão ou continência entre ações coletivas que digam respeito ao mesmo bem jurídico, o juízo prevento, até o início da instrução, deverá determinar a reunião de processos para julgamento conjunto. Iniciada a instrução a reunião dos processos somente poderá ser determinada se não houver prejuízo para a duração razoável do processo.

Art. 8º. O ajuizamento de ações coletivas não induz litispendência para as correspondentes ações individuais, que tenham objeto correspondente, mas haverá a suspensão destas, até o julgamento da demanda coletiva em primeiro grau de jurisdição.

§ 1º. Durante o período de suspensão, poderá o juiz perante o qual foi ajuizada a demanda individual conceder medidas de urgência.

§ 2º. Cabe ao réu, na ação individual, informar o juízo sobre a existência de demanda coletiva que verse sobre idêntico bem jurídico, sob pena de, não o fazendo,

o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo no caso de o pedido da ação individual ser improcedente.

§ 3º. A ação individual somente poderá ter prosseguimento, a pedido do autor, se demonstrado mediante fundamentos idôneos a existência de graves prejuízos decorrentes da suspensão, caso em que não se beneficiará do resultado da demanda coletiva.

§ 4º. A suspensão do processo individual perdurará até a prolação da sentença da ação coletiva, facultado ao autor, no caso de procedência desta e decorrido o prazo concedido ao réu para cumprimento da sentença, requerer a conversão da ação individual em liquidação provisória ou em cuprimento provisório da sentença coletiva, para apuração ou recebimento do valor ou pretensão a que faz jus.

§ 5°. No prazo de 90 dias contados do trânsito em julgado da sentença coletiva, a ação individual suspensa será extinta, salvo se postulada a sua conversão em liquidação ou cumprimento de sentença coletiva.

§ 6º. Transitada em julgado a sentença coletiva de improcedência do pedido que não seja fundada na insuficiência de prova, as ações individuais serão extintas.

§ 7º. Em caso de julgamento de improcedência do pedido em ação coletiva por insuficiência de provas, a ação individual será extinta, salvo se não for requerido o prosseguimento no prazo de 90 dias contados do trânsito em julgado da sentença coletiva.

CAPÍTULO IV – DA LEGITIMAÇÃO E POSTULAÇÃO NO PROCESSO COLETIVO

Art. 9º São legitimados concorrentemente para propor a ação coletiva:

I - o Ministério Público;

II – A Defensoria Pública;

III - as pessoas jurídicas de direito público interno, as entidades e órgãos despersonalizados da Administração Pública, direta ou indireta, que tenham em suas finalidades institucionais a defesa dos direitos coletivos, e as Mesas das Casas do Poder Legislativo;

IV – A Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive as suas subsecções;

V - as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas as primeiras à defesa dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais ligados à categoria;

VI - os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda;

VII - as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, para a defesa de direitos e interesses dos seus fins institucionais, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros.

§1º. O juiz poderá dispensar o requisito da pré-constituição das associações civis e das fundações de direito privado quando haja manifesto interesse social evidenciado pelas características do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§2º. O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da ordem jurídica.

§ 3º. Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os legitimados, inclusive entre os Ministérios Públicos e as Defensorias Públicas

Art. 10. É vedada a intervenção de terceiros nas ações coletivas, fincando facultado a qualquer legitimado coletivo habilitar-se como assistente litisconsorcial de qualquer das partes. A apreciação do pedido de assistência far-se-á em autos apartados, sem suspensão do feito, recebendo o interveniente o processo no estado em que se encontre.

§ 1°. O juiz rejeitará liminarmente o pedido de habilitação como assistente, do membro do grupo, na ação em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, quando o interessado não demonstrar, de plano, razões de fato ou de direito que assegurem utilidade à tutela coletiva e justifiquem a sua intervenção, podendo o juiz limitar o número de assistentes, quando este comprometer o bom andamento e a duração razoável do processo.

§ 2º. As pretensões individuais, na fase de conhecimento do processo coletivo, somente poderão ser discutidas e decididas de modo coletivo, facultando-se o agrupamento em subclasses ou grupos.

Art. 11. Em caso de desistência infundada, abandono da ação coletiva, ou não interposição do recurso de apelação, no caso de sentença de extinção ou improcedência do pedido, serão intimados pessoalmente o Ministério Público e outros legitimados conhecidos, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado assumir a titularidade.

Art. 12. Não haverá a extinção da ação coletiva, por ausência das condições da ação ou pressupostos processuais, sem que seja dada oportunidade de correção do vício em qualquer tempo ou grau de jurisdição ordinária ou extraordinária, inclusive a substituição do autor coletivo, quando serão intimados pessoalmente o Ministério Público e outros legitimados para a adoção das providências cabíveis, em prazo razoável, a ser fixado pelo juiz.

Art. 13. Nas ações coletivas, para instruir a inicial o interessado poderá requerer de qualquer pessoa, física ou jurídica, indicando a finalidade, as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 1º. Não fornecidas as informações referidas no caput, poderá a parte propor a ação desacompanhada destas, cabendo ao juiz, após apreciar os motivos do indeferimento, requisitá-las.

§ 2º. Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo juiz ou pelo Ministério Público.

Art. 14. **Sendo** incomensurável ou inestimável o valor dos direitos ou danos coletivos, o valor será indicado pelo legitimado coletivo, segundo critério de razoabilidade, com a fixação em definitivo pelo juiz na sentença.

Art. 15. Proposta a ação, deverá haver ampla divulgação pelos meios de comunicação social, a fim de que os legitimados e, em se tratando de tutela de interesses ou direitos individuais homogêneos, os membros do grupo possam ter ciência do seu ajuizamento, sem prejuízo da notificação dos órgãos e entidades de defesa dos interesses envolvidos na lide acerca da propositura da demanda.

Art. 16. A citação válida nas ações coletivas interrompe o prazo de prescrição das pretensões individuais direta ou indiretamente relacionadas com a controvérsia, até o final da demanda coletiva, ainda que haja a sua extinção sem resolução do mérito.

Art. 17. O juiz fixará o prazo para a resposta nas ações coletivas, que não poderá ser inferior a 20 (vinte) ou superior a 90 (noventa) dias, atendendo à complexidade da causa ou ao número de litigantes, não se aplicando as regras dos arts. 188 e 191 do Código de Processo Civil.

Art. 18. Nas ações coletivas, a requerimento do autor, em qualquer grau de jurisdição, o juiz ou tribunal poderá permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que realizada de boa-fé e não importe prejuízo injustificado para a parte contrária, devendo ser preservado o contraditório, mediante a possibilidade de manifestação específica do réu, no prazo mínimo de quinze dias, facultada prova complementar.

§ único. Ressalvada a ação de improbidade administrativa e a ação popular de proteção ao erário, a causa de pedir e o pedido serão interpretados extensivamente, em conformidade com o bem jurídico a ser protegido.

Art. 19. Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação coletiva, inclusive a existência de

diversos processos individuais correndo contra o mesmo demandado, com identidade de fundamento jurídico, oficiará o Ministério Público, com remessa de cópia ao órgão superior competente e, na medida do possível, outros legitimados, a fim de que proponham, querendo, demanda coletiva.

§ único. Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ou de qualquer outro legitimado, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação coletiva e indicando-lhe os elementos de convicção.

Art. 20. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, bem como nas hipóteses de abuso do direito de defesa ou da existência de parte incontroversa da demanda, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia.

§1º. Independentemente de pedido do autor, o juiz poderá, no momento da tutela liminar ou da sentença, impor ao réu multa , suficiente e compatível com a tutela, observada a capacidade econômica do demandado, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§2º. Alternativa ou cumulativamente com a multa prevista no parágrafo anterior, o juiz poderá determinar a aplicação de medidas subrogatórias ou de indução suficientes ou necessárias para impor o cumprimento da prestação, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, intervenção em pessoas jurídicas, requisição de força policial e prisão civil na hipótese de descumprimento de dever alimentar.

§3º. A multa cominada liminarmente será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento e poderá ser exigida de forma imediata, em autos apartados, por meio de execução definitiva.

§ 4º. O juiz poderá impor multa pessoal contra o agente público ou representante da pessoa jurídica de direito privado responsável pelo cumprimento da decisão que impôs a obrigação, observada a necessidade de intimação pessoal.

CAPÍTULO V – DO SANEAMENTO E PROVA NO PROCESSO COLETIVO

Art. 21. Encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§ 1˚. O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro, observada a natureza disponível do direito em discussão.

§ 2º. A avaliação neutra de terceiro, de confiança das partes, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, tendo por finalidade exclusiva orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

§ 3˚. Preservada a indisponibilidade do bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.

§ 4º. Obtida a transação, será homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial.

§ 5º. Não obtida a conciliação ou quando, por qualquer motivo, não for utilizado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

I – decidirá se o processo tem condições de prosseguir na forma coletiva;

II – poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela, respectivamente, dos interesses ou direitos difusos e coletivos, de um lado, e dos individuais homogêneos, do outro, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo;

III – decidirá a respeito do litisconsórcio e da assistência;

IV – fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas;

V – distribuirá a responsabilidade pela produção da prova, levando em conta os conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos detidos pelas partes ou segundo a maior facilidade em sua demonstração:

VI - poderá ainda distribuir essa responsabilidade segundo os critérios previamente ajustados pelas partes, desde que esse acordo não torne excessivamente difícil a defesa do direito de uma delas.

VII – poderá, a todo momento, rever a decisão de distribuição da responsabilidade da produção da prova, diante de fatos novos.

VIII – esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova.

IX – poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

Art. 25. Em sendo necessária a realização de prova pericial requerida pelo legitimado ou determinada de ofício, o juiz nomeará o perito, preferencialmente, dentre servidores públicos especializados na matéria da prova.

§ único. Em não havendo servidor público apto a desempenhar a função pericial a que alude o parágrafo anterior, competirá ao Poder Público remunerar o trabalho do perito judicial, após a devida requisição judicial.

Art. 22 – Se não houver necessidade de audiência de instrução e julgamento, de acordo com a natureza do pedido e as provas documentais juntadas pelas partes ou requisitadas pelo juiz, sobre as quais tenha incidido o contraditório, simultâneo ou sucessivo, o juiz julgará antecipadamente a lide.

Art. 23. Em qualquer tempo e grau do procedimento, o juiz ou tribunal poderá submeter a questão objeto da ação coletiva a audiências públicas, ouvindo especialistas no assunto e membros da sociedade, de modo a garantir a mais ampla participação social possível e a adequada cognição judicial.

CAPÍTULO VI –DAS DECISÕES NO PROCESSO COLETIVO

Art. 24. Na ação que tenha por objeto a imposição de conduta de fazer, de não fazer, pagar ou de entregar coisa, o juiz determinará a prestação ou a abstenção devida, bem como a cessação da atividade nociva, em prazo razoável, sob pena de cominação de medida subrogatória ou de indução, independentemente de requerimento do autor.

§1º. A conversão em perdas e danos somente será admissível se inviável a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente e, no caso de interesses ou direitos coletivos ou individuais homogêneos, se houver interesse do grupo titular do direito.

§2º. A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa, quando cabível.

Art. 25. Na ação reparatória dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, sempre que possível e independentemente de pedido do autor, a condenação consistirá na prestação de obrigações específicas, destinadas à reconstituição do bem, mitigação e/ou compensação do dano sofrido.

§ único. Dependendo das características do bem jurídico afetado, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias, o juiz poderá determinar, em decisão fundamentada e independentemente do pedido do autor, as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado.

Art. 26. Na ação que tenha por objeto a condenação ao pagamento de quantia em dinheiro, deverá o juiz, sempre que possível, em se tratando de valores a serem individualmente pagos aos prejudicados ou de valores devidos coletivamente, impor a

satisfação desta prestação de ofício e independentemente de execução, valendo-se da imposição de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e subrogatórias.

§ 1º. Quando a execução envolver parcelas ou prestações individuais, sempre que possível o juiz determinará ao réu que promova dentro do prazo fixado o pagamento do valor da dívida, sob pena de multa e de outras medidas, independentemente de habilitação judicial dos interessados.

§ 2º. Para fiscalizar os atos de liquidação e cumprimento da sentença coletiva poderá o juiz nomear pessoa qualificada, que terá acesso irrestrito ao banco de dados e à documentação necessária ao desempenho da função.

§ 3º. Na sentença condenatória à reparação pelos danos individualmente sofridos, sempre que possível, o juiz fixará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo ou um valor mínimo para a reparação do dano.

§ 4˚. Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo for uniforme, prevalentemente uniforme ou puder ser reduzido a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará o valor ou a fórmula de cálculo da indenização individual e determinará que o réu promova, no prazo que fixar, o pagamento do valor respectivo a cada um dos membros do grupo.

§ 5º. O membro do grupo que divergir quanto ao valor da indenização individual ou à fórmula para seu cálculo, estabelecidos na sentença coletiva, poderá propor ação individual de liquidação, no prazo de um ano, contado do trânsito em julgado da sentença coletiva.

§ 6º. Se for no interesse do grupo titular do direito, as partes poderão transacionar, após a oitiva do Ministério Público, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de não aderir à transação, resguardado o direito de propor ação individual no prazo de um ano, contado do trânsito em julgado da sentença homologatória.

Art. 27 Não sendo possível a prolação de sentença condenatória líquida, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.

CAPÍTULO VII — DOS RECURSOS E DA COISA JULGADA COLETIVA

Art. 28. O recurso interposto contra a sentença coletiva será recebido no efeito meramente devolutivo, salvo quando sua fundamentação for relevante e puder resultar lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz, ponderando os valores em questão e a requerimento do interessado, poderá atribuir-lhe o efeito suspensivo.

Art. 29. A sentença coletiva fará coisa julgada *erga omnes*, independentemente da competência territorial do órgão prolator ou do domicílio dos interessados.

§ 1º. Se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado poderá ajuizar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

§2º Os efeitos da coisa julgada coletiva na tutela de direitos individuais homogêneos não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe, que poderão propor ações individuais em sua tutela, desde que o pedido no processo coletivo tenha sido julgado improcedente por insuficiência de prova.

§3º. Nas ações coletiva que tenham por objeto direitos ou interesses difusos ou coletivos, as vítimas e seus sucessorespoderão proceder à liquidação e o cumprimento da sentença, quando procedente o pedido.

§4º Aplica-se a regra do § 3º à sentença penal condenatória.

Art. 25. Na hipótese de sentença de improcedência, fundada na insuficiência de provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados do conhecimento geral da descoberta de prova técnica nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea para mudar seu resultado.

§1º A faculdade prevista no *caput*, nas mesmas condições, fica assegurada ao demandado da ação coletiva com pedido julgado procedente, caso em que a decisão terá efeitos *ex nunc*.

§2º Para admissibilidade da ação prevista no parágrafo anterior, deverá o autor depositar valor a ser arbitrado pelo juiz, que não será inferior a 10% (dez porcento) do conteúdo econômico da demanda, revertendo na hipótese de improcedência em favor do Fundo de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos.

CAPÍTULO VIII – DA LIQUIDAÇÃO, EXECUÇÃO E CUMPRIMENTO DE SENTENÇAS COLETIVAS

Art. 26. É competente para a liquidação e execução coletiva o juízo da ação condenatória, o foro do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação ou do domicílio do executado.

§ único. Sempre que possível, a liquidação e a execução serão coletivas, sendo promovidas por qualquer dos legitimados à ação coletiva.

Art. 26. É competente para a liquidação e execução individual o foro do domicílio do autor da liquidação ou da execução e do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação.

§ 1º. Quando a competência para a liquidação não for do juízo da fase de conhecimento, o executado será intimado, na pessoa do seu procurador, seguindo a execução o procedimento do art. 475-A e seguintes do Código de Processo Civil.

§ 2º. Na hipótese do § 1º o executado será intimado para a execução após a penhora.

Art. 27. A liquidação e a execução de sentença coletiva poderão ser promovidas pelos legitimados coletivos, pela vítima ou seus sucessores.

Art. 28. Na liquidação da sentença condenatória à reparação dos danos individualmente sofridos, deverão ser provados, tão só, o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.

Art. 29. A liquidação da sentença poderá ser dispensada quando a apuração do dano pessoal, do nexo de causalidade e do montante da indenização depender exclusivamente de prova documental, hipótese em que o pedido de execução por quantia certa será acompanhado dos documentos comprobatórios e da memória do cálculo.

Art. 30. Os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados, preferencialmente, em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário, regendo-se os respectivos saques, pelas normas aplicáveis aos depósitos bancários, determinando-se ao réu, além da ampla divulgação nos meios de comunicação, a comprovação da realização dos depósitos individuais e a notificação aos beneficiários com endereço conhecido.

Art. 30. Decorrido o prazo de um ano, contado da prolação da sentença condenatória genérica de danos sofridos por sujeitos indeterminados, seja em função da não habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, seja em função do locupletamento indevido do réu, poderão os legitimados coletivos promover a liquidação e execução da indenização pelos danos globalmente sofridos pelos membros do grupo, sem prejuízo do correspondente ao enriquecimento ilícito do réu, devendo o valor reverter para o Fundo de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos.

§ 1º. Não correrá a prescrição durante a fluência do prazo previsto no *caput* deste artigo.

§ 2º. Enquanto não se consumar a prescrição da pretensão individual, fica assegurado o direito de exigir o pagamento pelo Fundo, limitado o total das indenizações ao valor que lhe foi recolhido e vinculado à ação originária.

§ 3º. No caso do parágrafo 2º, o juiz da execução poderá autorizar a habilitação dos créditos dos prejudicados diretamente junto ao Fundo de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, provando o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.

§ 4º. No caso de concurso de créditos decorrentes de ações em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos, a preferência com relação ao pagamento será decidida pelo juiz aplicando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

§ 5º Para efeito do disposto no parágrafo 4º , a destinação da importância recolhida ao Fundo de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos ficará sustada enquanto pendentes de decisão final as liquidações individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade dos prejuízos causados às vítimas.

CAPÍTULO IX — DO FUNDO DOS DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Art. 31. Havendo condenação em pecúnia, inclusive decorrente de dano moral coletivo, originária de ação coletiva, relacionada com direitos ou interesses difusos, a quantia reverterá ao Fundo de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público, a Defensoria Pública e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

Art. 32. Os recursos do Fundo serão destinados à realização de atividades tendentes a minimizar as lesões ou a evitar que se repitam, dentre outras que beneficiem os bens jurídicos prejudicados. O Fundo poderá também antecipar os custos de perícias e gastos em ações coletivas e viabilizar a execução de obrigação de fazer a ser prestada por terceiro às custas do obrigado.

Art. 33. Além da indenização coletiva, constituem receitas do Fundo, dentre outras, o ressarcimento das despesas com perícias e os gastos antecipados, o produto da arrecadação de multas, inclusive as decorrentes do descumprimento de compromissos de ajustamento de conduta.

Art. 35. O representante legal do Fundo, considerado agente público para efeitos legais, responderá por sua atuação nas esferas administrativa, penal e civil.

Art. 36. O Fundo manterá e divulgará registros que especifiquem a origem e a destinação dos recursos e dará publicidade às suas demonstrações financeiras e atividades desenvolvidas semestralmente, inclusive por meio de portal na rede mundial

de computadores.

Art. 37. O Fundo de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos será regulamentado pelo Poder Executivo no prazo de 90 (noventa) dias.

CAPÍTULO X – DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E DO INQUÉRITO CIVIL

Art. 38. Os órgão públicos legitimados, poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante fixação de modalidades e prazos para o cumprimento das obrigações assumidas e de multas por seu descumprimento.

Art. 39. O valor da cominação pecuniária deverá ser suficiente e necessário para coibir o descumprimento da medida pactuada. A cominação poderá ser executada imediatamente, sem prejuízo da execução específica.

Art. 40. O termo de ajustamento de conduta terá natureza jurídica de transação, com eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade da sua homologação judicial, hipótese em que sua eficácia será de título executivo judicial.

Art. 41. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

§ único. É autorizada a instauração de inquérito civil fundamentado em denúncia anônima, somente se instruída com elementos mínimos de convicção.

Art. 42. Se, depois de esgotadas todas as diligências, o órgão do Ministério Público se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação coletiva, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente, sem prejuízo da atuação dos demais co-legitimados com relação ao mesmo objeto.

§1º. Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas serão remetidos ao órgão revisor competente, conforme dispuser o seu Regimento, no prazo de até 15 (quinze) dias, sob pena de se incorrer em falta grave.

§2º. Até que o órgão revisor homologue ou rejeite a promoção de arquivamento, poderão os interessados apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação.

§3º. Deixando o órgão revisor de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação ou a adoação de outras providências cabíveis e manifestação fundamentada.

CAPÍTULO XI – DO CADASTRO NACIONAL DE PROCESSOS COLETIVOS E DO CADASTRO NACIONAL DE INQUÉRITOS CIVIS E TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Art. 43. O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a existência e o estado das ações coletivas.

§ 1º. Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídos processos coletivos remeterão, no prazo de 10 (dez) dias, cópia da petição inicial, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos.

§ 2º. No prazo de 90 (noventa) dias, o Conselho Nacional de Justiça, editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Processos Coletivos e os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado através da rede mundial de computadores. O regulamento disciplinará a forma através da qual os juízos comunicarão a existência de processos coletivos e os atos processuais mais relevantes sobre o seu andamento, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença, o trânsito em julgado, a interposição de recursos e a execução.

Art. 44. O Conselho Nacional do Ministério Público organizará e manterá o Cadastro Nacional de Inquéritos Civis e de Termos de Ajustamento de Conduta, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário, os co-legitimados e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a abertura do inquérito e a existência do Termo.

§ 1º. Os órgãos legitimados que tiverem realizado termos de ajustamento de conduta remeterão, no prazo de 10 (dez) dias, cópia, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional de Inquéritos Civis e de Termos de Ajustamento de Conduta.

§ 2º. O Conselho Nacional do Ministério Público, no prazo de 90 (noventa) dias, editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Inquéritos Civis e Termos de Ajustamento de Conduta, incluindo a forma de comunicação e os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado.

CAPÍTULO XII – DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 41. As ações coletivas terão tramitação prioritária sobre as demandas individuais.

Art. 42. A sentença coletiva condenará o demandado, se vencido, ao pagamentos das custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como dos honorários de advogado, calculados sobre a condenação.

§1º Tratando-se de condenação a obrigação específica ou de condenação genérica, os honorários advocatícios serão fixados levando-se em consideração a vantagem obtida para os interessados, a quantidade e qualidade do trabalho desenvolvido pelo advogado e a complexidade da causa.

§2º Os legitimados coletivos não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados em honorários de advogados, custas e demais despesas processuais, salvo comprovada má-fé.

Art. 43. O legitimado coletivo somente responde por danos processuais nas hipóteses em que agir com má-fé processual.

§ único. O litigante de má-fé e os responsáveis pelos respectivos atos, serão solidariamente condenados ao pagamento das despesas processuais, em honorários advocatícios e em até o décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

Art. 44. Quando se tratar de ação coletiva ajuizada por fundação privada, sindicato ou associação, deverá o juiz fixar, em caso de procedência do pedido, gratificação financeira, por equidade, levando em consideração a participação do legitimado na descoberta do ilícito e na resolução do conflito, a sua adequada atuação, entre outros fatores que demonstrem a utilidade de sua participação e a sua conduta exemplar, sem prejuízo da verba honorária que não poderá ser inferior à gratificação financeira.

Art. 45. A ação rescisória objetivando desconstituir sentença ou acórdão de ação coletiva deverá ser ajuizada em face do legitimado coletivo que tenha ocupado o pólo ativo originariamente, podendo os demais co-legitimados atuarem como assistentes. Na sua impossibilidade, a ação rescisória coletiva será ajuizada em face do Ministério Público.

Parágrafo único. No caso de ausência de resposta, deverá o Ministério Público ocupar o pólo passivo, renovando-se-lhe o prazo para responder.

Art. 49. A União, no prazo de seis meses, o Distrito Federal e os Estados criarão, em primeira e segunda instância, juízos e órgãos especializados para o processamento e julgamento de ações coletivas, ressalvada a competência específica em razão da matéria.

Art. 50. Aplica-se à ação civil pública e às demais ações coletivas, previstas nesta

Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.

Art. 51. Os dispositivos desta lei aplicam-se no âmbito das relações de trabalho, ressalvadas as pecularied**a**des e os princípios informadores do processo trabalhista.

Art. 52. Revogam-se todas as disposições da Lei n. 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública; os arts. 81, 82, 83. 84, 87, 88, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103 e 104 da Lei n. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor; os arts. 74, inciso I, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 92, da Lei 10.471, de 1º de outubro de 2003 – Estatuto do Idoso; os arts. 209, 210, 211, 212, 213, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, da Lei n. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 53. – Esta lei entrará em vigor dentro de cento e oitenta dias a contar de sua publicação.